Über § 307 des B. G. B. im Verhältnis zum gemeinen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Fritz Giese, Kammergerichtsreferendar

zurzeit am Amtsgericht zu Kalkberge (Mark).

AGAD
LWOB.BAT.
BIBL

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0131

Literatur-Angabe.

Bähr, Über Irrungen im Kontrahieren, in Iher. Jahrb., Band 14, 1875.

Bähr, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, In d. Krit. Viertelj.-Schr., Band 30.

Becker, in der Krit. Viertelj.-Schr., Band 22.

Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen, 1878.

Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht, im Arch. f. d. civil. Prax., Band 91.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl.

Brock, Das negative Vertragsinteresse, 1902.

Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld, 1902.

Cohn, Untersuchungen zu § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Gruch. Beitr., Band 43.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1, 3. Aufl., 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 2, 1902.

Dechamps, Die obligatorischen Wahlverhältnisse nach dem Recht des B. G. B., Freiburger Inaug.-Diss., 1901.

Dernburg, Pandekten, Band 2, 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Band 2, Abt. 1, 1901.

Drechsler, Die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des sog. negativen Vertragsinteresses, Rostocker Inaug.-Diss., 1902.

Eisele, Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten, in Iher. Jahrb., Band 25.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, 8. Aufl., 1903.

Enneccerus-Lehmann, Einführung in das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1.

Fischer, Der Schaden nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich, 1903.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., 1898.

Fritsch, Das negative Vertragsinteresse, Erlanger Inaug.-Diss.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Heft 1 und 2, 1897—1898.

Goldschmidt, in d. Ztschr. f. d. ges. Hand.-R., Band 13.

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem B. G. B., 1903.

Halben, Über den Schadensersatz aus nichtigen Verträgen, Erlanger Inaug.-Diss., 1895.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900.

von Ihering, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in seinen Jahrb., Band 4, 1860.

von Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

von Ihering, in seinen Jahrb., Band 11.

Kaplan, Die ursprüngliche teilweise Unmöglichkeit der versprochenen Leistung, insbesondere die teilweise Nichtexistenz des geschuldeten Gegenstandes nach dem Gemeinen Recht und dem Recht des B. G. B., 1903, Rostocker Inaug.-Diss.

Kisch, Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B. G. B., 1900.

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre, in Iher. Jahrb., Band 43, 1901.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich, 1900.

Kohler, Über den Willen im Privatrecht, in Iher. Jahrb., Band 28.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Teil 1—2, 1898—1899.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen B. G. B., 1903.

Leonhard, in d. Ztschr. f. d. ges. Hand.-R., Band 26.

Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, in Iher. Jahrb., Band 41, 1900.

Lilie, Schadenersatz bei unwirksamen Verträgen nach dem B. G. B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Erlanger Inaug.-Diss., 1898.

Litten, Die Wahlschuld im deutschen Bürgerlichen Rechte, 1903.

Marcus, Die Wahlschuld des B. G. B. für das Deutsche Reich, Breslauer Inaug.-Diss., 1899.

Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, 3. Aufl., 1900.

Meissner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum zweiten Buch des deutschen B. G. B., 1898.

Melliger, culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen, 2. Aufl., 1898.

Meumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts, I, 1903.

Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, in den Beiträgen zum Oblig.-R., Abt. 1, 1853.

Mommsen, Über die Haftung der Kontrahenten, in den Erörterungen aus dem Oblig.-R., Heft 2, 1879.

Moritz, Läßt sich bei unvollendeten oder nichtigen Verträgen eine Klage auf Schadensersatz begründen, Erlanger Inaug.-Diss., 1899.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1888.

Müller, Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners nach gemeinem Recht und B. G. B., Rostocker Inaug.-Diss., 1902.

Neumann, Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft, in der Festgabe für Wilke.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar, 1899.

Oertmann, Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten, Berlin, 1900.

Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin, 1901.

Offenberg, Der Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf eine alternative Schuld nach Gemeinem Recht und dem Recht des B. G. B. Leipziger Inaug.-Diss., 1901.

Paasche, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen.

Pescatore, Die sogenannte alternative Obligation, 1880.

Petersen, Über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen Recht und nach dem B. G. B., Erlanger Inaug.-Diss., 1897.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Heft 3—4, 1898.

Protokolle des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 2, 1898.

Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen, 1868.

Regelsberger, Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von dem Einfluß der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis, in Iher. Jahrb., Band 40.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Band 2, 1902.

Richelmann, Der Einfluß des Irrtums auf Verträge.

von Savigny, Obligationen-Recht, I. und II.

Schall, Zur Lehre vom Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen, besonders über den Einfluß teilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung auf die Gegenleistung, im Arch. f. d. ziv. Prax., Band 73.

Schenke, Die Alternativobligation nach römischem, gemeinem und neuem bürgerlichen Recht, Greifswalder Inaug.-Diss., 1900.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. für das Deutsche Reich, 1897—1898.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 1900.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.

Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in der Festschr. f. d. 26. Deutsch. Jur.-Tag, S. 29—56, 1902.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900.

Thöl, Das Handelsrecht, Band 1, 6. Aufl., 1879.

Vangerow, Pandekten, Band 1, 7. Aufl.

Wagner, Die Alternativobligationen mit Wahlrecht des Schuldners und die Obligation mit facultas alternativa des Schuldners nach gemeinem und bürgerlichem Recht ,Greifswalder Inaug.-Diss., 1903.

Walsmann, Compensatio lucri cum damno, Rostocker Inaug.-Diss., 1900.

Windscheid, Pandekten, 8. Aufl., 1900.

Inhalt.

Erster Abschnitt.

§ 1. Einleitung: Die Schadensersatzverpflichtung des § 307 B. G. B. auf Grundlage des römisch-gemeinen Rechts.

Zweiter Abschnitt.

Die Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit völlig unmöglicher Leistung nach gemeinem Recht und B. G. B. (§ 307, Abs. 1).

§ 2. 1. Vorhandensein der Verpflichtung.

2. Voraussetzungen der Verpflichtung.

§ 3. a. Die Art des zugrunde liegenden Vertrages.

§ 4. b. Die Unmöglichkeit der Leistung.

§ 5. c. Die Nichtigkeit des Vertrages.

§ 6. d. Das Wissen bezw. fahrlässige Nichtwissen eines Vertragsteils von der Unmöglichkeit der Leistung.

§ 7. e. Das schuldlose Nichtwissen des anderen Vertragsteils von der Unmöglichkeit der Leistung.

3. Inhalt der Verpflichtung.

§ 8. a. Der Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

§ 9. b. Die Person des Ersatzpflichtigen.

§ 10. 4. Art der Verpflichtung.

Dritter Abschnitt.

Die Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit teilweise unmöglicher Leistung nach gemeinem Recht und B. G. B. (§ 307, Abs. 2, Teil 1).

§ 11. 1. Vorhandensein der Verpflichtung.

§ 12. 2. Voraussetzungen der Verpflichtung.

§ 13. 3. Inhalt der Verpflichtung.

Vierter Abschnitt.

Die Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit Unmöglichkeit einer von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen nach gemeinem Recht und B. G. B. (§ 307, Abs. 2, Teil 2).

§ 14. 1. Vorhandensein der Verpflichtung.

§ 15. 2. Voraussetzungen der Verpflichtung.

§ 16. 3. Inhalt der Verpflichtung.

Fünfter Abschnitt.

§ 17. Schluß: Die Unterschiede zwischen gemeinem Recht und B. G. B. in Ansehung der Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit Unmöglichkeit der Leistung.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

Die Schadensersatzverpflichtung des § 307 B. G. B. auf Grundlage des römisch-gemeinen Rechts.

§ 1.

Die Lehre vom Ersatz des „negativen Vertragsinteresses“ fand zum ersten Male im Jahre 1860 eingehende Behandlung, als Rudolf von Ihering sein epochemachendes Werk „culpa in contrahendo“ oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträge“ herausgab. Sein großes Verdienst besteht darin, daß er für die Frage der negativen Interesse-Haftung ein allgemeines Grundprinzip aufgestellt hat, die „culpa in contrahendo“, ein Prinzip, welches für alle Fälle dieser Haftpflicht Anwendung finden kann. Zur Veranschaulichung und Erklärung seiner neuen Theorie entwickelte er diese an all' den einzelnen Fällen, in denen das negative Interesse zu gewährleisten ist. Seine Kasuistik, welche das Eigentum der ganzen späteren Literatur geworden ist, zerfällt in drei Teile: Einmal nämlich tritt die Ersatzpflicht dann ein, wenn in der „Person des Subjekts“ sich ein Mangel zeigt, mag es nun erstens ein „Mangel in der Person“, oder zweitens ein „Mangel im Willen“ sein, und ferner drittens dann, wenn ein „Mangel im Objekt“ vorliegt.

Diese drei Anwendungsfälle hat das B. G. B. übernommen. Den ersten Fall finden wir im § 179, vom zweiten spricht der § 122 und den letzten behandelt der § 307. Das Eigenartige besteht nun darin, daß diese drei Paragraphen hinsichtlich der Voraussetzungen keine gleichmäßige Behandlung erfahren haben. In den ersten beiden Paragraphen

wird nämlich der Anspruch ohne Rücksicht darauf gewährt, ob der Verpflichtete den entstandenen Schaden „verschuldet" hat. Anders verhält es sich mit dem § 307, der Fall der negativen Interesse-Haftung bei Verträgen, welche auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind. Hier verstattet das Gesetz den Anspruch nur unter der Voraussetzung, daß dem Ersatzpflichtigen Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last gelegt wird. Mit Aufstellung der culpa-Haftung tritt das Gesetz in Ansehung des § 307 in die Fußtapfen des römisch-gemeinen Rechts, welches ja allgemein, abgesehen von wenigen Ausnahmen, für Schaden nur denjenigen einstehen läßt, der ihn verschuldet hat.

Wir werden nun im folgenden die §§ 122, 179 außer Betracht lassen und uns nur auf die Darstellung der Rechtssätze des § 307 beschränken. Hierbei werden wir beständig auch das römisch-gemeine Recht berücksichtigen, um auf diese Weise ein klares Bild von der Entwickelung der negativen Interesse-Haft bei Verträgen mit unmöglicher Leistung zu erhalten.

Zweiter Abschnitt.

Die Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit völlig unmöglicher Leistung nach gemeinem Recht und B. G. B. (§ 307 Abs. 1).

1. Vorhandensein der Verpflichtung.

§ 2.

Man darf nicht erwarten, im gemeinen Recht eine strikte und klare Bestimmung über die Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit unmöglicher Leistung zu finden. Die gemeinrechtlichen Quellen geben im Gegenteil auf unsere Frage nur recht spärliche Antwort. Die Stellen, die wir für unsere Untersuchung gebrauchen können, sind die von Ihering[1]) aufgeführten:

l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18,1 (Modestinus): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis

[1]) „culpa", S. 8—10.

comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius ne deciperetur.

§ 5 I. de empt. et vend. 3,23: Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.

l. 8 § 1 D. de relig. 11,7 (Ulpianus): Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.

l. 8 D. de hered. vel. act. vend. 18,4 (Iavolenus): Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur.

l. 9 (Paulus) et si quid emptoris interest.

Ihren Inhalten bilden Kaufverträge, welche auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind. In den drei ersten Fällen handelt es sich um „res extra commercium“, in den beiden letzten um eine nicht existierende Sache (Erbschaft). Soviel wir bereits jetzt schon aus den Stellen entnehmen können, wird überall dem Käufer gegenüber dem Verkäufer ein Anspruch auf Schadensersatz gewährt. Ob dieser Anspruch aber mit dem Anspruch auf negatives Interesse identisch ist, das zu untersuchen wird nachher unsere Aufgabe sein.

Im späteren gemeinen Recht hat sich die Literatur mit der Frage der negativen Interesse-Haftung recht eingehend beschäftigt. Der erste, der darauf aufmerksam gemacht hat, daß im römischen Recht im Fall des Verschuldens bei nichtigen Verträgen ein Anspruch auf „negatives Vertrags-

interesse“ gewährt werde, war Ihering. Freilich finden sich vor ihm bereits Anklänge daran, z. B. bei Richelmann, „Einfluß des Irrtums“. Jedoch hat Ihering erst gezeigt, daß die negative Interesse-Haftung nicht bloß auf die in den Quellen statuierten Fälle der Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit der Leistung zu beschränken, sondern auch auf andere „nicht zur Perfektion gelangte“ Verträge auszudehnen sei. Das hat er an einer reichen Kasuistik bewiesen. Ein ferneres Verdienst Iherings bestand darin, daß er für die Frage des negativen Interesses ein allgemeines Prinzip aufgestellt hat. Iherings Theorie von dem negativen Interesse wurde Gemeingut der Pandekten-Wissenschaft. Freilich hat Ihering auch Gegner gehabt, die den Begriff einfach leugneten und sich so auf radikale Weise der Schwierigkeit der Konstruktion überhoben. Zu ihnen gehört vor allem Bähr[1]). Ihm scheint der Begriff „zu wenig praktikabel“. Dagegen möchten wir aber erwidern, daß uns bei Aufstellung eines Begriffes niemals die größere oder geringere Praktikabilität desselben bestimmen darf[2]).

Die weitaus größte Mehrheit in der Literatur des gemeinen Rechts ist indessen für den Begriff des negativen Interesses eingetreten. Man fußte auf dem Boden des römischen Rechtes, hat aber die Fälle der Anwendung des Begriffes ausgedehnt. Das römische Recht kannte nur zwei Fälle, in denen ein Ersatzanspruch auf das negative Interesse aufgestellt wurde; beides waren Kaufverträge über unmögliche Leistungen. Das gemeine Recht hat nun die Haftpflicht auf alle obligatorischen Verträge ausgedehnt, eine Anschauung, die als die herrschende bezeichnet werden darf[3]).

---

[1]) Über Irrungen im Kontrahieren, Iher. Jahrb., Band 14, S. 422. Kohler, Iher. Jahrb., Band 28, S. 226 fg. Becker, Krit. Viertelj.-Schr., Band 22, S. 57.

[2]) Im übrigen ist ja in unserm Falle eine geringere Praktikabilität gar nicht vorhanden; denn das negative Interesse läßt sich wohl nicht schwerer berechnen, als das positive, so Eisele, in Iher. Jarhb., Band 25, S. 501 fg.; vgl. ferner Melliger, culpa, S. 171.

[3]) Vgl. Mommsen, Beitr., S. 138.

Im B. G. B. finden wir die Bestimmungen über die negative Interesse-Haftung bei Verträgen, welche auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind, im § 307. Dieser lautet:

> „Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andre Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß“[1]).

2. Voraussetzungen der Verpflichtung.

a) Die Art des zugrunde liegenden Vertrages.

§ 3.

Welches sind die Voraussetzungen der Verpflichtung? Wie wir bereits aus den von uns angezogenen Quellenstellen erkennen können, handelt es sich um eine emptio venditio, einen Kaufvertrag. Wir sehen daher, daß das römische Recht die Haftpflicht nur bei dem häufigsten aller obligatorischen Verträge, dem Kaufvertrage, zuläßt. Ferner verlangen die Römer, daß der Kaufvertrag äußerlich wenigstens gültig zum Abschluß gelangt sein muß[2]). Es muß nämlich eine Einigung beider Kontrahenten über Preis und Ware erzielt sein. Ist eine solche Einigung nicht oder nicht vollständig vorhanden, so könnte vielleicht

---

[1]) Daß das negative Interesse auch bei teilweiser Unmöglichkeit und bei Unmöglichkeit einer von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen verstattet wird, spricht der Abs. 2 des § 307 aus:

> „Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.“

[2]) Vgl. Ihering, S. 10.

eine a⁰ doli, jedoch nicht eine Klage auf Ersatz des negativen Interesses gegeben sein[1]).

Im späteren gemeinen Recht ist man bereits einen Schritt weiter gegangen. Nunmehr erkannte man, daß der Anspruch auf negatives Vertragsinteresse nicht bloß auf Kaufverträge zu beschränken sei, sondern bei allen obligatorischen Verträgen gewährt werden müsse, wie wir bereits oben (S. 10) sagten.

Dieser Entwicklung ist dann auch das B. G. B. gefolgt. Nur könnte man im Zweifel sein, ob nicht der § 307 auf alle Verträge anzuwenden sei. Doch ist dem nicht so. Erstens nämlich steht der § 307 in dem Buche „Recht der Schuldverhältnisse"; ferner, was wichtiger ist, enthält § 307 Vorschriften über Verträge, welche auf eine „Leistung" gerichtet sind. Eine Leistung bildet aber gemäß § 241 den Inhalt eines Schuldverhältnisses. Demnach handelt es sich hier stets um einen obligatorischen Vertrag, der seinerseits wieder ein- oder zweiseitig sein kann.

b) Die Unmöglichkeit der Leistung.

§ 4.

Eine Leistung ist möglich, wenn sie vermocht wird, nicht möglich, wenn sie nicht vermocht wird[2]). Da der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern, so ist eine Leistung dann unmöglich, wenn sie der Schuldner nicht vorzunehmen vermag.

Diese „Schranke", die dem Können des Menschen gesetzt wird, beruht auf verschiedenen Gründen. Man spricht hier von „natürlicher" und „rechtlicher" Unmög-

[1]) Vgl. Fritsch, neg. Interesse, S. 8.

[2]) Vgl. zu dem folgenden Biermann, Unm. d. Leist., S. 75. Cosack, Lehrb. d. B. G. B., S. 337 fg. Crome, System, S. 121 fg. Dernburg, Schuldv., §§ 60, 61. Endemann, Lehrb. d. B. G. B., S. 692 fg. Enneccerus-Lehmann, Einf., §§ 178 fg., 191 fg. Kleineidam, Unmögl. Kleineidam, Streitfragen, Iher. Jahrb., Band 43. Matthias, Lehrb. d. B. G. B., S. 301 fg., 341 fg. Paasche, Unmöglichkeit. Schollmeyer, Schuldv., S. 151 fg. Stammler, R. d. Schuldv., S. 106 fg.

lichkeit. Aus natürlichen Gründen ist eine Leistung unmöglich, wenn wir sie mit den Mitteln, die uns die Natur verleiht, nicht vornehmen können[1]). Rechtlich oder juristisch unmöglich nennt man eine Leistung dann, wenn sie „sich in der Logik des Rechts gründet". Wenn also die Rechtsordnung für die Übertragung des Eigentums gewisse Vorschriften gibt, so wird damit stets vorausgesetzt, daß der Veräußerer das Eigentum an der betreffenden Sache hat, welches er dem Erwerber, der es nicht hat, übertragen will. Hat in diesem Falle der Erwerber das Eigentum, so spricht man von juristischer Unmöglichkeit der Leistung[2]).

Die Unmöglichkeit der Leistung kann ferner vor oder bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden sein oder erst nach diesem Zeitpunkt eintreten. Im ersten Falle spricht man von „anfänglicher" oder „ursprünglicher" Unmöglichkeit, während letzteren Falles die Bezeichnung „nachfolgende" oder „nachträgliche" Unmöglichkeit üblich ist[3]). Jenachdem also z. B. beim Verkauf einer Sache dieselbe beim Vertragsabschluß nicht mehr vorhanden ist oder erst nachher zu existieren aufhört, ist die Unterscheidung dieser Arten von Unmöglichkeit am Platze. Es müssen also die Gründe für die Unmöglichkeit spätestens bei Abschluß des Vertrages vorhanden sein, will man von anfänglicher Unmöglichkeit sprechen[4]).

Die Wissenschaft kennt noch eine andere Einteilung der Unmöglichkeit, die „objektive" und „subjektive" oder, wie man auch wohl sagt, „absolute" und „relative". Kann der Schuldner einer Leistung diese nicht prästieren, so liegt subjektive Unmöglichkeit vor, wenn andere dazu fähig sind oder es doch sein können. Erst wenn auch alle

---

[1]) Beispiele siehe bei Rehbein, B. G. B., S. 155. Vgl. ferner Dernburg, § 60. Vgl. ferner Endemann, S. 692. Matthias, S. 301 fg. Crome, S. 34.

[2]) Vgl. dazu Dernburg, § 60.

[3]) Vgl. Kleineidam, S. 29. Titze, Unm., S. 229.

[4]) Siehe Kisch, Unm., S. 26.

andern Menschen die Unmöglichkeit der Leistung bekennen müssen, ist ein Fall der objektiven Unmöglichkeit[1]) gegeben. Das unterscheidende Merkmal liegt jedenfalls in der Frage, ob die Leistung für jedermann unmöglich ist. Es verspricht z. B. jemand, eine ihm nicht gehörige bestimmte Sache zu beschaffen, ist aber dazu nicht imstande, weil er zum Ankauf der einem Dritten gehörigen Sache nicht die erforderlichen Mittel besitzt[2]). Dies ist ein Fall der subjektiven Unmöglichkeit. Kann diese Sache hingegen kein Mensch beschaffen, weil sie z. B. bereits untergegangen ist, so ist der Tatbestand der objektiven Unmöglichkeit gegeben[3]).

Im gemeinen Recht war die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung und deren Unterarten ebenfalls sehr wohl bekannt, stammten sie doch insgesammt aus dem römischen Recht. Das beweisen z. B. die bekannten römischen Rechtsparömieen „impossibilium nulla obligatio est" und „ultra posse nemo obligatur". Fernerhin hat bereits Venuleius in der l. 137 § 5D. de v. o. 45,1 auf die subjektive und objektive Unmöglichkeit hingewiesen[4]).

Die Frage besteht nur noch, welche Art der Unmöglichkeit wird in den Quellen vorausgesetzt, damit das negative Interesse gewährt werden kann? Objektive oder subjektive? In den ersten angezogenen Stellen bildet den Gegenstand des Kaufes eine „res extra commercium". Dies ist eine Sache, die dem privaten Verkehr entzogen ist; sie kann demgemäß nicht Gegenstand eines Kaufes sein. Da die Extrakommerzial-Qualität von jedermann zu beachten ist, so liegt aber objektive Unmöglichkeit vor. Nicht anders steht die Sache bei dem zweiten Beispiel, dem Kaufvertrage über eine nicht mehr vorhandene Sache.

[1]) Vgl. O. L. G. Hamburg vom 18. V. 1901, Rechtspr. d. O. L. G., Jahrg. 2, Abt. 2, S. 8.

[2]) Vgl. Dernburg, Schuldv., § 60.

[3]) Vgl. Cosack, S. 338. Crome, S. 34. Dernburg, § 60. Endemann, S. 692. Matthias, S. 301. Oertmann, S. 57.

[4]) „Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit."

Daß die Unmöglichkeit vor, spätestens bei Schließung des Vertrages vorgelegen hat, geht aus unseren fünf Stellen allerdings nicht hervor; wir glaubten deshalb die l. 15 pr. D. de contr. empt. 18,1 heranziehen zu dürfen, in der Paulus sagt: „Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est." Daraus geht u. E. hervor, daß der Kaufvertrag nichtig ist, wenn der Gegenstand desselben vor Schließung des Vertrages zu existieren aufgehört hat. Die Nichtigkeit des Vertrages ist aber hier ebenso wie in § 307 Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs, wie noch des weiteren zu erörtern sein wird.

Ferner erkennen wir aus den beiden uns vorliegenden Beispielen, den Kaufverträgen über eine res extra commercium und eine nicht vorhandene Sache, daß es nicht darauf ankommt, ob die Unmöglichkeit auf rechtlichen oder natürlichen Gründen beruht. Beide Fälle werden in den Quellen gleichartig behandelt.

Das gemeine Recht hat genau die Grundsätze des römischen Rechts hinsichtlich der Unmöglichkeit übernommen. Auch hier ist die Unmöglichkeit Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs.

Auch das B. G. B. erfordert im § 307, daß die Leistung, die im Vertrage versprochen wird, unmöglich ist. Ob dieselbe auf rechtlichen oder natürlichen Gründen beruhen muß, ist im § 307 freilich nicht ausdrücklich gesagt; wir werden daher annehmen können, daß es für die Folgen des § 307 völlig gleichgültig ist, welches die Gründe der Unmöglichkeit sind. Es kommt vielmehr einzig und allein auf die Tatsache der Unmöglichkeit der Leistung an. Auf demselben Standpunkt stehen übrigens auch die Motive (S. 176): „Der natürlichen Unmöglichkeit steht gleich die juristische Unmöglichkeit [1])."

Das B. G. B. spricht kurz und bündig nur allgemein von „Unmöglichkeit". Ist damit „anfängliche" oder „nach-

[1]) Vgl. zu dem Gesagten Cosack, S. 338. Dernburg, § 60. Endemann, S. 693 fg. Schollmeyer, S. 151 fg.

trägliche“ Unmöglichkeit gemeint? Die Fälle des Schadensersatzes wegen einer Leistung, die erst später unmöglich wird, werden im § 280 und den §§ 323—325 behandelt[1]). Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß es sich hier um anfängliche Unmöglichkeit handeln muß. Hinzu kommt außerdem noch ein anderer Grund. Aus den Worten des § 307: „. . . . bei der Schließung eines Vertrags . . . . die Unmöglichkeit der Leistung kennt“ geht wohl hervor, daß diese Unmöglichkeit bereits zu diesem Zeitpunkt vorhanden gewesen sein muß. Sonst müßte der Ersatzpflichtige ja in die Zukunft schauen können! Demnach bezieht sich die im § 307 statuierte Unmöglichkeit auf die anfängliche, d. h. zurzeit des Vertragsschlusses vorhandene Unmöglichkeit[2]).

Wenn dies auch wohl unbestritten ist, so wird doch die zweite Frage verschieden beantwortet. Muß die Leistung objektiv unmöglich sein? Man könnte andrer Meinung sein. Wenn der § 275 von der nachträglichen Unmöglichkeit spricht und im Abs. 2 der objektiven Unmöglichkeit ausdrücklich die subjektive gleichgestellt wird, warum soll dies dann nicht auf § 307 entsprechende Anwendung finden, wo die anfängliche Unmöglichkeit behandelt wird? Doch glauben wir uns dem nicht anschließen zu sollen. Wollte der Gesetzgeber den § 307 auch auf das „Unvermögen“ — womit im Gesetz durchgehends die subjektive Unmöglichkeit bezeichnet ist, vgl. §§ 275, 279 — angewendet wissen, so hätte er diese seine Absicht entweder ausdrücklich erklärt oder einen auf § 275 bezugnehmenden Zusatz gemacht. Doch ließe sich dagegen wieder einwenden, daß das B. G. B. Vorschriften kennt, die, ohne daß das Gesetz es ausdrücklich bestimmt, auf das Unvermögen bezogen werden müssen, so z. B. § 281. Trotzdem halten wir dafür, daß der § 307 nur auf die objektive Unmöglichkeit hinzielt. Uns bestimmt

[1]) cf. Kisch, Unmöglichkeit.
[2]) Vgl. Dernburg, § 61. Schollmeyer, S. 152.

dazu folgende Erwägung. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 307 ist gemäß § 306 die Nichtigkeit des Vertrages. Bei bloß subjektiver Unmöglichkeit wird man aber nicht Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen haben [1]). Vielmehr muß sich jeder, der eine Leistung verspricht, zuvor davon überzeugen, ob er derselben auch gewachsen ist. Ist er dazu nicht imstande, so muß er eben den Schaden tragen. Er hat dann das volle (Erfüllungs-) Interesse zu gewährleisten. § 307 bezieht sich demnach nur auf die objektive Unmöglichkeit [2]). Das bestätigen auch die Motive (S. 176): „Verstanden wird die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen."

Die im § 307 vorausgesetzte Unmöglichkeit muß zurzeit des Vertragsabschlusses vorhanden sein [3]). Hiermit stellt sich das B. G. B. auf den Standpunkt des gemeinen Rechts, welches, im Gegensatze zum preußischen Recht, den Moment der Erfüllung zum Ausgangspunkt nimmt. Ob also die Unmöglichkeit vor der Erfüllung gehoben werden kann, ist einerlei: Der Vertrag bleibt nichtig. Nur für den Fall, daß der Vertrag unter der Bedingung des Möglichwerdens geschlossen ist, statuiert § 308 eine Ausnahme. Hier ist der Vertrag gültig, wenn die Bedingung erfüllt wird [4]).

c. Die Nichtigkeit des Vertrages.

§ 5.

Wenn jemand in einem Vertrage eine Leistung verspricht, welche außer dem Bereich des Menschenmöglichen liegt, so kann naturgemäß der Vertrag keine Gültigkeit

---

[1]) Dies verlangt z. B. Stammler, S. 107; die Ausführungen des Verf. aber decken sich mit der herrschenden Meinung.

[2]) Ebenso Cosack, S. 338. Dernburg, § 61. Planck, S. 79 Schollmeyer, S. 151.

[3]) Vgl. die bei Rehbein, B. G. B., S. 154 angeführten Entscheidungen.

[4]) Nicht anders im gemeinen Rechte, vgl. z. B. Mommsen, Beitr., S. 151.

haben. Mithin ist das Versprechen einer unmöglichen Leistung nichtig. Das ist ein Rechtssatz, der seit altersher bekannt ist. „ultra posse nemo obligatur", ein Satz, der aus dem alten römischen Recht ins gemeine Recht herübergenommen und auch im heutigen B.G.B. zu finden ist (§ 306).

Zweifelhaft könnte nur sein, ob die Quellen im Falle der Unmöglichkeit der Leistung ohne weiteres Nichtigkeit des Vertrags annehmen.

Was zunächst die l. 62 angeht, so hat man einerseits aus der a° ex empto auf die Gültigkeit des Vertrags geschlossen und dementsprechend das Erfüllungsinteresse gewährt [1]). Dieser Ansicht vermögen wir uns aber nicht anzuschließen. Kommt es doch vor, daß die Quellen die a° ex empto geben, wenn der Vertrag ungültig ist; dann werden mit dieser Klage Ansprüche [2]) geltend gemacht, die aus dem Vertrage, der ja unwirksam ist, nicht hervorgehen [3]). Daraus folgt, daß bei Vorhandensein der a° ex empto der zugrunde liegende Vertrag nicht in jedem Falle gültig zu sein braucht. Doch kann man damit freilich noch nicht die Unwirksamkeit des Vertrages in unserm Falle beweisen, wenn nicht noch ein anderer Grund hinzukäme. Sollte die a° ex empto auf die Gültigkeit des Vertrages und damit auf das Erfüllungsinteresse hinzielen, so kann man nicht einsehen, weshalb es dann des Zusatzes: „ut consequatur, quod interfuit eius ne deciperetur" bedurft hätte [4]). War doch allgemein bekannt, was mit der a° ex empto erreicht wird! Schließlich erhellt u. E. aus dem: „licet emptio non teneat" die Unwirksamkeit des Vertrages. Man kann sich sonst das gegensätzliche „tamen" nicht erklären. Das „tamen" will eben besagen, daß trotz Ungültigkeit des Vertrages die Kontraktsklage anzuwenden ist [5]).

[1]) z. B. Leonhard, i. d. Ztschr. f. d. ges. Hand.-R., Band 26, S. 294.
[2]) z. B. l. 11 § 6 D. de act. empti 19, 1; l. 33 D. locati 19, 2.
[3]) Vgl. Brock, S. 18, 19. Mommsen, Beitr., S. 125 fg.
[4]) Vgl. Melliger, S. 40.
[5]) Vgl. Brock, S. 18.

Wenn auch die Unwirksamkeit des Kaufvertrages aus der l. 62 wohl zweifelsohne hervorgeht, so kann man dies von dem § 5 I. nicht behaupten. Diese Stelle enthält einen Kaufvertrag über „loca sacra religiosa publica“ und statuiert dieselben Vorschriften für den Kauf eines „liber homo“. Was sagen die Quellen sonst über den Kauf eines „liber homo“? Kauft jemand irrtümlicherweise einen freien Menschen, den er in gutem Glauben für einen Sklaven hält, so ist der Vertrag gültig, wie die herrschende Meinung unter den römischen Juristen verlangt. l. 70 D. de contr. empt. 18,1: Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt. l. 4 D. quib. ad. lib. 40,13: . . . . . venditio quidem tam servi quam liberi, contrahi potest et stipulatio de evictione contrahitur: non enim de eo loquimur qui sciens liberum emit [1]). Daraus folgt, daß der Kauf eines freien Menschen in gutem Glauben gültig ist. Die Gleichstellung im § 5 I. nun berechtigt uns, die Gültigkeit auch auf den Verkauf einer res extra commercium ganz allgemein auszudehnen. Damit tritt aber die Institutionenstelle mit den übrigen angezogenen Stellen in Widerspruch. Ihering (culpa, S. 63 fg.) freilich bestreitet diese Schlußfolgerung; er argumentiert gerade umgekehrt. Die l. 4 D. de contr. empt. 18,1: „Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur“ statuiere den Ausdruck „emptio“ sowohl für den „liber homo“ als auch für die „res extra commercium“. Die a⁰ ex empto beziehe sich in Ansehung des letzten Falles, wie aus den übrigen (auch von uns zitierten) Stellen resultiere, auf das negative Interesse, folglich müsse für den „liber homo“ das nämliche gelten, woraus die Nichtigkeit dieses Kaufes erhelle. Hiermit dürfte aber Ihering sich mit dem Sinne der l. 70 in Widerspruch setzen; denn dort ist ausdrücklich das Gegenteil behauptet. Wir tragen daher kein Bedenken, der herrschenden Ansicht der römischen Juristen

[1]) Vgl. Brock, S. 14 fg.

beizutreten, indem wir den Kauf eines freien Menschen für gültig erachten. Im übrigen ist es nicht ungerechtfertigt, wenn wir der Digestenstelle den Vorzug vor der Institutionenstelle erteilen. Denn erstens scheint die l. 62 für die Abfassung des § 5 I. vorbildlich gewesen zu sein; andrerseits kann wohl nicht geleugnet werden, daß der Sinn des § 5 I. nicht so klar und einwandsfrei erscheint, wie die Digestenstelle [1]). [Doch soll dieser allgemeine Gesichtspunkt, allein genommen, für uns nicht bestimmend sein [2]).] So sehen wir uns schließlich genötigt, den § 5 I. für unsere Betrachtung auszuscheiden [3]).

Wie aber steht es mit der l. 8 § 1. D. 11,7? Hier werden wir wohl die Nichtigkeit des Vertrages annehmen dürfen. Weshalb gibt Ulpian dem Ersatzberechtigten denn sonst ein a^0 in factum? Er hätte dies nicht nötig gehabt, wenn der Vertrag gültig gewesen wäre. Denn wenn der Vertrag gültig ist, kann nur die Vertragsklage in Anwendung kommen. Freilich finden sich auch abweichende Ansichten. So will z. B. Leonhard [4]) aus dem „quasi ex empto“ die Wirksamkeit des Vertrages herauslesen. Dem glauben wir aber nicht folgen zu können. Andererseits dürfen wir uns immerhin nicht verhehlen, daß die Annahme der Nichtigkeit des Vertrages ganz zweiffellos nicht erscheint.

Der zweite Fall ist der Kaufvertrag über eine nicht vorhandene Erbschaft: l l. 8, 9 D. de hered. vend. 18,4. Diese Stelle unterscheidet zwei Fälle: Einmal ist die Erbschaft vorhanden, gehört aber nicht dem Verkäufer (juristische Unmöglichkeit); dann ist selbstverständlich wie im heutigen Rechte der Kauf gültig, und der Käufer kann das ganze Erfüllungsinteresse ersetzt verlangen, „ipsa aestimetur“. Ist dagegen die Erbschaft gar nicht vorhanden, etwa weil der Erblasser noch am Leben ist,

---

[1]) Vgl. Mellinger, S. 45, 46. Mommsen, Beitr., S. 130, 131.
[2]) Vgl. Brock, S. 20, Nr. 28.
[3]) A. M. freilich Ihering, culpa, S. 65, 66.
[4]) a. a. O., S. 294.

(natürliche Unmöglichkeit), dann hat der Käufer auf das negative Interesse Anspruch, „si quid in eam rem impensum est et si quid emptoris interest“. Freilich können wir aus dieser Stelle nicht unmittelbar erkennen, ob der Vertrag nichtig ist. Doch wird dies aus folgenden Belegen ersichtlich: l. 1 D. de h. v. a. v. 18, 4: Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit“, l. 7 eod.: „Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio . . . . .; quae si non est, non contrahitur emptio . . . . .“. Aber auch ganz allgemein ist der Kaufvertrag nichtig, wenn eine nicht existierende Sache Gegenstand desselben ist: l. 8 pr. D. de contr. vend. 18,1: „Nec emptio nec venditio sine re, quae veneat potest intellegi . . . . . [1]).

Wie im gemeinen Rechte, so ist auch heute Voraussetzung für die Haftpflicht auf das negative Interesse die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Vertrages (§ 306). Ein nichtiger Vertrag ist rechtlich nicht vorhanden. Wenn also der eine Teil im Vertrag etwas zu leisten versprochen hatte, so ist er nun bei vorhandener Nichtigkeit desselben zu dieser Leistung nicht verpflichtet. Hatte der eine Teil etwa bereits die Gegenleistung gemacht, so kann er das dem andern Teil Geleistete nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, als „ohne rechtlichen Grund“ gegeben (§ 812), zurückfordern. Haben hingegen die Parteien dasjenige, wozu sie der Vertrag verbunden hatte, noch nicht ausgeführt, so ist nunmehr das Verhältnis zwischen den Parteien völlig aufgelöst. Nur für den Fall, daß eine der Parteien die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, trifft § 307 Vorkehrung [2]).

---

[1]) Vgl. Fritsch, negat. Interesse, S. 9; ferner l. 15 pr. cod., l. 57 pr. cod.

[2]) Vgl. Dernburg, § 61. Endemann, S. 694. Matthiass, S. 302, Schollmeyer, S. 151 fg.

d. Das Wissen bezw. fahrlässige Nichtwissen eines Vertragsteils von der Unmöglichkeit der Leistung.

§ 6.

Die bloße Unmöglichkeit der Leistung und die daraus resultierende Nichtigkeit des Vertrages allein können noch nicht zum Ersatz des negativen Interesses verpflichten. Hinzutreten muß noch eine fernere Voraussetzung. Die ersatzpflichtige Partei muß von der Unmöglichkeit der Leistung Kenntnis, bezw. aus Fahrlässigkeit keine Kenntnis haben.

Über diese Voraussetzung, welche Ihering [1]) einen „Mangel in der Person des Verkäufers“ nennt, geben die Quellen expressis verbis keinen Aufschluss. Wir sehen uns deshalb genötigt, die einzelnen Möglichkeiten ins Auge zu fassen.

Zunächst könnte man daran denken, daß der Anspruch auf negatives Interesse nur dann gewährt werde, wenn ein arglistiges Verhalten des Verkäufers vorliegt. Das ließe sich aus dem „ne deciperetur“ der l. 62 vielleicht folgern. „decipere“ heißt „täuschen“, demgemäß ist aus dem Passivum auf einen dolus zu schließen [2]). Diese Ansicht hat auch tatsächlich Anhänger gefunden, so z. B. ist Mommsen [3]) ein Vertreter derselben. Er mußte sich aber bereits nach dem Vorgange von Savigny [4]) eingestehen, daß das Passiv „decipi“ nicht in jedem Falle den Sinn von Getäuschtwerden hat. Es bedeute vielmehr oft, eine „falsche Vorstellung haben“ [5]), gleichgültig, ob diese Vorstellung durch die böse Absicht eines Menschen hervorgerufen worden ist. Freilich wird der Hauptfall ja wohl dolus sein; doch kennen die Quellen auch Fälle, wo von einer Täuschung keine Rede ist, in denen vielmehr

[1]) „culpa“, S. 10, 11.
[2]) Vgl. ebenda, S. 11.
[3]) Beitr., S. 122.
[4]) Oblig.-R., S. 14.
[5]) Ebenso Melliger, S. 40.

ausdrücklich das Gegenteil steht [1]). Wenn unsere Quellen über diesen Punkt nichts sagen, so kann freilich daraus noch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Klage auch gegen den gutgläubigen Verkäufer statthaft sei [2]). Andererseits ist die Annahme des dolus auch nicht zulässig; das hieße ja, den dolus „in die Stellen hineintragen“ [3]). Mommsen (Beitr. S. 109) geht noch weiter; er stellt für unsern Fall den Grundsatz auf, daß nur der dolus, dem die culpa lata gleichstehe, allgemein als causa obligationis anerkannt sei“. Diese Behauptung erheischt eine Erklärung. Die von Mommsen aufgestellte Gleichstellung des dolus und der culpa lata allgemein dürfte wohl nicht zutreffend sein. Haben wir doch genügend Belege dafür, daß diese Gleichstellung nur auf kontraktliche Verhältnisse Bezug haben kann [4]). Andererseits dürfte die Ansicht Mommsen's, daß nur dolus des Verkäufers Voraussetzung sei, ebenfalls nicht ganz stichhaltig sein. Wie wäre es sonst zu erklären, daß der Prätor in der l. 8 D. 11,7 eine a^0 in factum gewährt? Den gleichen Zweck würde doch die a^0 doli erreichen! Warum war also eine neue Klage nötig? Das beweist doch eben, daß diese Klage andere Voraussetzungen als die a^0 doli hat. Schließlich spricht noch der Umstand gegen die Mommsen'schen Ausführungen, daß die lex die Klage ausdrücklich gegen die Erben zuläßt: „quae actio et in heredem competit“. Vor der Litiskontestation geht die a^0 doli nicht ohne weiteres gegen die Erben [5]); hier wollen die Quellen gerade einen Unterschied zwischen der a^0 doli und unserer a^0 in factum konstatieren.

Eine andere Ansicht geht dahin, daß die Haftung des Verkäufers unbedingt eintritt, vorausgesetzt, daß der Käufer

[1]) l. 20 D. de aqua et aqu. 39,3: Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit . . . .; l. 44 D. de min. XXV annis 4, 4: . . . . vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti.

[2]) Vgl. Mommsen, Erört., S. 37.

[3]) Vgl. Ihering, culpa, S. 11, 12.

[4]) Vgl. z. B. l, 1 § 1 D. si mensor 11, 6.

[5]) Vgl. Halben, Schadeners., S. 25. Fritsch, S. 15.

sich in gutem Glauben befindet, ohne Rücksicht darauf, daß den Verkäufer ein individuell bestimmtes Verschulden trifft[1]). Dafür zu sprechen scheint, daß die Voraussetzungen in den Quellen wohl hinsichtlich des Käufers („nesciens" in der l. 62) geregelt sind, dagegen in Ansehung des Verkäufers eine Bestimmung nicht getroffen ist. Und doch erscheint uns dies nicht richtig. Denn einmal handelt es sich um eine Schadensersatzklage, für welche grundsätzlich ein Verschulden vorausgesetzt wird. „Ohne Schuld keine Verantwortlichkeit", wie Ihring später zutreffend geäußert hat[2]). Sodann ist daran zu denken, daß unser Anspruch mit der a⁰ ex empto geltend gemacht wird. Es finden also auf ihn die Grundsätze der Kaufklage Anwendung. Diese ist verstattet, wenn dem Verkäufer ein Verschulden trifft, als welches sich jede Fahrlässigkeit darstellt[3]). Somit können wir uns auch dieser Ansicht nicht anschließen.

Es bleibt uns daher nur noch die dritte Möglichkeit, dolus oder culpa auf seiten des Verkäufers als die erforderliche letzte Voraussetzung für die negative Interesse-Haftung, m. a. W. Wissen oder Wissenmüssen[4]).

Ebenso kontrovers war diese Frage in der späteren gemeinrechtlichen Literatur. Früher gab die gemeinrechtliche Doktrin einen Entschädigungsanspruch nur, wenn dolus (oder culpa lata) auf seiten des Schuldners vorliegt[5]). Seit Iherings „culpa in contrahendo" war sich die Wissenschaft darüber einig, daß eine weitergehende Haftung einzutreten habe und daß diese sich als Haftung auf das „negative Vertragsinteresse" darstelle. Nur darüber gingen die Meinungen auseinander, wie diese erweiterte Haftung zu denken sei. Die einen lassen den Schuldner schon dann haften, wenn dem Gläubiger ein kulposes Handeln

---

[1]) Vgl. Melliger, S. 145 fg.
[2]) „Schuldmoment"; ferner Brock, S. 24.
[3]) l. 5 § 2 D. comm. 13, 6; l. 3 D. de peric. 18. 6.
[4]) Übereinstimmend Brock, S. 37.
[5]) Vgl. Windscheid, Pand., § 315.

nicht vorgeworfen werden kann. Sie stellen demnach einzig und allein auf die bona fides des ersatzberechtigten Gläubigers ab. Es komme auf „Schuld“ des Schuldners gar nicht an, der „Anspruch sei vielfach ein Postulat der bona fides“ [1]). Doch glauben wir, daß diese Ansicht wohl etwas zu weit geht, wenn sie als Grund der Haftpflicht nur die bona fides anerkennt. Freilich liegt jedem Rechtssatze die bona fides zu grunde; man könnte füglich jeden Satz aus der bona fides ableiten.

Eine andere Ansicht läßt den Schuldner aus einem stillschweigenden Garantievertrage haften und konstruiert demgemäß den Anspruch als einen kontraktlichen. So Windscheid (Pand., § 307 No. 5): „Jeder Vertragschließende muß für die nachteiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrags einstehen, insofern dieses Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Er muß für die Folgen dieses Vertrauens einstehen, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat. Durch diese Bestimmung übernimmt er die Garantie für die Folgen desselben“ [2]).

Die Ansicht dürfte deshalb nicht stichhaltig sein, weil sie die Entschädigungspflicht auf den „Willen“ des Verpflichteten zurückführt. Aus diesem Grunde hat Windscheid später auch diese seine Ansicht zurückgenommen.

Ihering begründet seine Theorie mit der „culpa in contrahendo“ (S. 24). Er stellt den Satz auf: „Das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Kontraktverhältnisse, eine Verschuldung derselben begründet hier wie dort die Kontraktsklage auf Schadensersatz“. Er ist fest davon überzeugt, daß „ein römischer Jurist keinen Anstand genommen haben würde, die Unkenntnis des Verkäufers schlechthin — ohne

[1]) So Goldschmidt, Ztsch. f. d. ges. Hand.-R., Bd. 13, S. 335. Thöl, Hand., § 237.

[2]) Ebenso Regelsberger, Civ.-Erört., S. 33.

Rücksicht auf individuelle Umstände — als culpa zu bezeichnen“ (S. 39). Das Verschulden des Schuldners besteht eben darin, „daß er einen Kontrakt abschloß, ohne seiner Sache sicher zu sein“. Mit Recht macht Windscheid[1]) hiergegen geltend, daß ja Verschulden hier das sein könne, „was möglicherweise ganz unverschuldet sein kann“. Deswegen glauben wir wohl annehmen zu können, daß Ihering die Haftung unbedingt und schlechthin eintreten lassen will, unabhängig von einem individuellen Verschulden des Schuldners[2]).

Die Ansicht, die wir für die richtige halten, ist die von Dernburg (Pand., S. 27 No. 10) vertretene[3]). Er sagt: „Es haftet, wer schuldhafterweise Angaben machte, welche bei dem anderen Teile die irrtümliche Vorstellung erwecken mußten, daß er einen rechtsbeständigen Vertrag abschließe.“ Er stützt seinen Anspruch auf analoge Anwendung der lex Aquilia und läßt außerkontraktlich denjenigen für Schadensersatz haften, der „durch Rechtshandlungen einen andern kulpos beschädigt“.

Demselben Prinzip huldigt auch das B. G. B. im § 307. Voraussetzung für die Haftpflicht ist nämlich auch hier dolus oder culpa eines Teiles. Die ersatzpflichtige Partei muß wissen, daß die Leistung anfänglich objektiv unmöglich ist, und zwar bereits bei Schließung des Vertrags. Es wird z. B. ein Hund verkauft. Der Verkäufer wußte bereits beim Abschluß des Vertrags, daß der betr. Hund den Tag vorher krepiert ist; trotzdem verkauft er denselben, um den Käufer zu täuschen. Hier könnte man einwenden, warum bedürfe es denn des § 307? Hier würde der Verkäufer doch bereits aus § 826 haftbar gemacht werden können. Nicht mit Unrecht! Deshalb wird der § 307 in den weitaus meisten Fällen dann Anwendung finden, wenn

---

[1]) Pand., § 315.

[2]) Übrigens hat Ihering auch selbst später bekannt, daß seine Theorie „gewiß durch eine weitere objektivere ersetzt werden wird“: in Schuldmoment“, S. 38.

[3]) Vgl. zu dem Gesagten: Meumann, Prolegomena, S. 103, 104 fg.

der Ersatzpflichtige zwar die Unmöglichkeit nicht kennt, aber bei Erkundung der Möglichkeit der Leistung fahrlässig gewesen ist.

Die Kenntnis der ersatzpflichtigen Partei muß bei dem Vertragsschluß vorhanden sein. Wie nun, wenn sie erst nach diesem Zeitpunkt eintritt? Nach dem Wortlaut des § 307 braucht hier der Schuldner, wenn er erst später erfährt, daß die Leistung unmöglich ist, dies dem Gläubiger nicht mitzuteilen[1]). Hierdurch wird der Gläubiger, zu dessen Schutz gerade der § 307 aufgestellt ist, geschädigt; trotzdem kann man den § 307 nicht in Anwendung bringen. Diese Lücke im Gesetz kann auch nicht dadurch beseitigt werden, daß man den § 242 heranzieht. Dieser bezieht sich nämlich auf das „kontraktliche" Verhalten des Schuldners; ein Vertrag ist aber nicht zustandegekommen. Vielleicht könnte man auf außerkontraktlichem Wege dem Gläubiger zu seinem Recht verhelfen. Ohne Frage hat der Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, indem er unterläßt, auf den eventuell eintretenden Schaden aufmerksam zu machen. Trotzdem kann § 823 Abs. 2 nicht in Betracht gezogen werden, da die in demselben vorausgesetzte Widerrechtlichkeit hier nicht vorliegt. Das einfachste wäre in diesem Falle, den Kontrahenten zwar nicht auf das negative Interesse haften zu lassen, jedoch ihm die Pflicht aufzuerlegen, seine Mitkontrahenten von der Unmöglichkeit in Kenntnis zu setzen; erst die Vernachlässigung dieser Pflicht müßte dann zum Ersatze des negativen Interesses verbinden. Damit wäre diese Lücke im Gesetz vermieden[2]).

Wie schon oben (S. 26, 27) gesagt, wird § 307 im Falle der positiven Kenntnis der einen Partei regelmäßig keine Anwendung finden. Daraus folgt, daß der § 307 insbesondere für die zweite Alternative gegeben ist — das Kennenmüssen. Unter „Kennenmüssen" versteht das

[1]) Vgl. Brock, S. 203, 204. Endemann, S. 693 fg. Kleineidam, S. 29. Schollmeyer, S. 153 a. E. Titze, S. 227.

[2]) Vgl. Brock, S. 204.

B. G. B. die auf Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntnis gemäß § 122 Abs. 2. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt (§ 276 Abs. 1 Satz 2). Jede Partei hat also bei Schließung des Vertrages die Pflicht, zu untersuchen, ob die Leistung möglich ist; die Art und Weise der Untersuchung richtet sich nach der Art des Rechtsgeschäfts [1]). Z. B. „erfordert der Verkehr eine strengere Sorgfalt, sich über die Möglichkeit der Leistung zu vergewissern bei einem Kaufvertrage als wie bei einer Schenkung". Wird bei dem betreffenden Rechtsgeschäft ein geringerer Grad von Verschulden verlangt, z. B. bei der Schenkung, so beschränkt sich die culpa in contrahendo ebenfalls auf den geringeren Grad. Wenn behauptet wird [2]), in diesem Falle würde ja nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet werden können, so ist dabei übersehen worden, daß das Gesetz [3]) mit der Statuierung der geringeren Sorgfaltspflicht eben die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" im Sinne gehabt hat. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber ja gerade diese Bestimmung gegeben.

Wer die Unmöglichkeit aus Fahrlässigkeit nicht kennt, ist zum Schadensersatze verpflichtet. Hat also der Promittent die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, der Promissar aber nicht, so steht dem Promittenten der Ersatzanspruch zu; ebenso kann umgekehrt der Promissar Ersatz verlangen, wenn er nicht fahrlässig gewesen, jenen aber dieser Vorwurf trifft [4]).

---

[1]) A. M. Kleineidam, S. 37, Schollmeyer, S. 155. Vgl. Brock, S. 200. Enneccerus-Lehmann, S. 399. Titze, S. 226.

[2]) z. B. von Schollmeyer, S. 155.

[3]) So Fischer-Henle, § 521 Nr. 3. Ihering, in seinen Jahrb., Band 11, S. 52.

[4]) Vgl Schollmeyer, S. 154; ferner Cohn, a. a. O., S. 407.

e) Das schuldlose Nichtwissen des anderen Vertragsteils von der Unmöglichkeit der Leistung.

§ 7.

Schon nach dem alten römischen Rechtssatze: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire“ (l. 203 D. de v. i. 50,17) kann niemand Ersatz desjenigen Schadens verlangen, an welchem er selbst ganz oder zum Teile Schuld hat. Der Käufer darf also schuldlos die Unmöglichkeit der Leistung nicht kennen. Zweifellos zessiert die Ersatzpflicht, wenn der Käufer den Mangel positiv kennt. Das geht auch aus einer unserer Belegstellen unverkennbar hervor: l. 62: „Qui nesciens — — — — comparavit“. Die übrigen Stellen schweigen über diesen Punkt; vielleicht deshalb, weil die Verfasser derselben dieses Erfordernis für selbstverständlich halten. Fraglich könnte aber sein, ob die Quellen dem Wissen das Wissenmüssen des Käufers gleichstellen, wie es im § 307 B. G. B. der Fall ist. Hier in unseren Quellenstellen ist es freilich ausdrücklich nicht gesagt; immerhin werden wir es unter Bezugnahme auf das ädilicische Edikt annehmen können: l. 14 § 10 D. de aed. ed. 21,1: — — — —; „ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit“. Ausdrücklich steht hier das Wissenmüssen dem Wissen gleichartig gegenüber; in diesem Falle sowohl wie in dem unsrigen handelt es sich um einen Mangel der verkauften Sache. Demnach dürfte eine Analogie nicht unrichtig sein. Hiergegen ließe sich vielleicht einwenden, es mangle an sicheren Belegen für unsere Behauptung. Gewiß! Unmittelbar können wir sie mit Quellenstellen nicht beweisen. Trotzdem verharren wir bei unserer Erwägung. Denn wollte man dieser Ausdehnung die Anerkennung versagen, käme man zu dem eigenartigen Resultate, daß hier der Verkäufer eine schlechtere Stellung als im ädilicischen Edikt hat[1]).

[1]) Vgl. Ihering, culpa, S. 14.

Der Satz von dem Fortfalle der Verpflichtung bei Kenntnis bezw. fahrlässiger Nichtkenntnis des ersatzberechtigten Kontrahenten von der Unmöglichkeit der Leistung hat in gleicher Weise sowohl im gemeinen Recht als auch im B. G. B. Aufnahme gefunden. Es sagt deshalb auch Satz 2 des Abs. 1 des § 307:

> „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß."

Vielleicht hätte man diese Folge auch ohne die ausdrückliche Bestimmung aus dem ersten Satze erkennen können. Satz 1 betont das „Vertrauen" des andern Teils; daraus geht bereits hervor, daß er den Vertrag für gültig halten muß, daß also von einem Verschulden seinerseits keine Rede sein kann. Haben demnach beide Teile gewußt, daß die Leistung anfänglich objektiv unmöglich ist, so ist keiner ersatzpflichtig [1]). Ebenso zessiert der Ersatzanspruch, wenn der eine Teil die Unmöglichkeit kennt, der andere sie aus Fahrlässigkeit nicht kennt, und vice versa. Das Gleiche ist der Fall, wenn beide sie kennen müssen. Handelt der eine dolos, der andere nur fahrlässig, so entfällt trotz des geringeren Grades des Verschuldens der Ersatzanspruch [2]). Das ist freilich bestritten. So hält z. B. Oertmann [3]) ein „äquivalentes" Verschulden für erforderlich. Dem „Kennen" stehe nur ein „Kennen", dem „Kennenmüssen" nur ein „Kennenmüssen" gleich. Oertmann führt für seine Ansicht den § 254 an. Wir möchten uns seinem Gedankengange jedoch nicht anschließen. Denn im § 254 kommt es nicht auf den Grad des Verschuldens an (wie in unserm Falle), sondern es wird der Kausalanteil des Beschädigten an der Herbeiführung des schädigenden Erfolges kompensiert [4]). § 254 bezieht sich eben auf die „Schadensverursachung". Außerdem möchten wir mit

---

[1]) Vgl. Rehbein, B. G. B., S. 152.
[2]) So Schollmeyer, S. 154.
[3]) Schuldv., S. 58.
[4]) Vgl. dagegen Brock, S. 132; ebenso Rehbein, B. G. B., S. 152.

Gottschalk[1]) annehmen, daß „die hier geregelte Schadensfolge ex lege eintritt, ohne daß eine der im § 254 gegebenen Abwägungsregeln zur Anwendung gelangt." Vor allem sprechen für unsere Ansicht auch die Worte des Gesetzes selbst: Kennen und Kennenmüssen werden hier ganz gleichwertig gebraucht. Mithin ist de lege lata das äquivalente Verschulden jedenfalls zu verneinen; ob de lege ferenda, könnte eher die Frage sein. Auch hier möchten wir uns ablehnend verhalten[2]).

Bei der Ermittlung der Fahrlässigkeit muß aber ein verschiedener Maßstab angewendet werden. Wenn die Motive (S. 178) sagen: „Der Anspruch muß beiden Kontrahenten gleichmäßig gewährt werden", so soll damit nicht etwa gemeint sein, daß für beide Kontrahenten das gleiche Maß von Sorgfalt gefordert werden müsse. Das entspricht nicht der Billigkeit. Man kann nicht verlangen, daß derjenige, der sich eine Leistung versprechen läßt, ebenso weitläufige Untersuchungen anstellt, um zu erkunden, ob das Versprochene auch möglich ist, wie der Promittent. Hier hat dann gegebenen Falles eben der Richter darüber zu befinden, ob auf Seiten des Versprechensempfängers Fahrlässigkeit vorliegt[3]).

3. Inhalt der Verpflichtung.

a) Der Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

§ 8.

Wenn sämtliche Voraussetzungen vorliegen, vor allem Kennen oder Kennenmüssen einer Partei, so ist diese zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet, oder, wie das B. G. B. etwas langatmig sagt: „zum Ersatze des Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut".

Was versteht man darunter?

[1]) D. mitw. Versch., S. 112.
[2]) Vgl. Melliger, S. 92.
[3]) Vgl. Melliger, S. 82.

Ist der zu Grunde liegende Vertrag gültig, dann muß die Vertragsleistung prästiert werden. Kann der Verpflichtete die Leistung nicht ausführen, so muß er dem anderen Teile den Schaden ersetzen, der dadurch entstanden ist, daß er die Leistung nicht vollziehen kann. Er muß also das ganze Interesse erstatten, das der andere an der Erfüllung der Leistung hat. Dieses Interesse nennt man deshalb „Erfüllungs"- oder „positives" Interesse[1]). Positives insofern, als der zugrunde liegende Vertrag stets gültig sein muß. Ist also z. B. ein Kaufvertrag geschlossen und geht der Kaufgegenstand durch Verschulden einer Partei nach Abschluß des Vertrages unter, so hat diese Partei der anderen dasjenige zu ersetzen, was diese gehabt hätte, wenn die Sache noch vorhanden gewesen wäre. Z. B. der Käufer hat die sichere Gewißheit, diese Sache um den doppelten Kaufpreis weiter zu veräußern. Also besteht das volle positive Interesse in dem Betrage des Kaufpreises, d. h. dem Interesse, welches er an der Gültigkeit des Vertrages hat. Hätte der Verkäufer die Sache verkauft, so hätte der Käufer mit dem Wiederverkaufe der erstandenen Sache gerade den Betrag des Kaufpreises gewonnen. Dieses heißt „lucrum cessans". Wenn das Interesse aber Interesse sein soll, so muß es auch vor allem den entstandenen positiven Schaden umfassen, also Auslagen, Aufwendungen — das „damnum emergens".[2]) Es sollen ja durch das Interesse die „Vermögensfolgen des schädigenden Ereignisses ausgeglichen werden"[3]) [4]).

Vom positiven Interesse ist das negative zu unterscheiden. Dieses besteht in dem Schaden, den jemand bei Abschluß eines Vertrages dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut. Wenn er auf die Gültigkeit eines Vertrages „vertraut", so war er in gutem

[1]) Vgl. Hellwig, Anspruch. Oertmann, „Schadensersatzanspruch" und „Vorteilsausgleichung". Staub, Vertragsverletzungen.

[2]) Vgl. Melliger, S. 25.

[3]) Vgl. ferner Walsmann, compensatio.

[4]) Vgl. z. B. Endemann, S. 331.

Glauben, der Vertrag bestände zu Recht. Daraus erhellt, daß für das negative Interesse die Ungültigkeit des Vertrages Voraussetzung ist — eine Folgerung, die ja auch schon aus dem Worte „negativ“ hervorgeht. Es ist „der Schaden[1]), den der Gläubiger dadurch erlitten hat, daß von dem Geschäft überhaupt die Rede gewesen ist“. Es ist „Interesse“; also umfaßt es ebenfalls das „damnum emergens“ und „lucrum cessans“. Nur ist der Umfang beider hier ein anderer als beim Erfüllungsinteresse. Wäre von dem Kaufvertrag keine Rede gewesen, so hätte z. B. der Käufer nicht die Ausgabe der Reisekosten oder, falls er sich eines anderen bedient hatte, der Provisionskosten gehabt: damnum emergens. Das lucrum cessans würde dann vorliegen, wenn der Käufer infolge berechtigten Vertrauens auf die Gültigkeit des Vertrages andere günstige Kaufgelegenheit verabsäumt hat[2]). Daraus erhellt, daß das negative Interesse nicht die Vorteile umfaßt, die der Käufer durch einen günstigen Verkauf der Sache erzielt hätte, weil ja dann die Gültigkeit des Vertrags anzunehmen ist. Grundsätzlich ist demnach das negative Interesse geringer als das positive. Freilich kann es auch gleich dem positiven oder sogar größer als dieses sein. Das wird dann der Fall sein, wenn die Erfüllung des gültig abgeschlossenen Vertrages für den Berechtigten nicht soviel Gewinn bringen würde, als der Vertrag, der geschlossen worden wäre, wenn von diesem Vertrage keine Rede gewesen wäre. Daß das negative Interesse das positive übersteigen kann, geht auch schon aus der Fassung des § 307 B. G. B. hervor, der das negative nach oben durch das positive begrenzt. Zweifellos hat der Ersatzpflichtige dann schließlich nur den Schaden zu ersetzen, der mit dem Abschluß des nichtigen Vertrages im Kausalzusammenhange steht.

Was ist nun das Ziel der in den Quellen statuierten Schadensersatzklage? Geht sie auf das positive oder negative Interesse?

[1]) Mommsen, Beitr., S. 107.

[2]) Dernburg, Schuldv., S. 59. Titze, S. 228.

Die Quellen bezeichnen den Gegenstand der Klage folgendermaßen: l. 62: „ut consequatur, quod interfuit eius ne deciperetur," § 5 I: „ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse," ll. 8,9, D. 18,4: „si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur et si quid emptoris interest."

Das Gemeinsame der Stellen ist das „interesse" des Käufers. Dieses Interesse könnte darin liegen, den etwa im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages gezahlten Kaufpreis wieder einzufordern. Das kann aber deswegen nicht gemeint sein, weil man ja den Kaufpreis schon nach den Regeln über die condictio sine causa zurückverlangen kann.[1]) Außerdem wird in den ll. 8,9 ausdrücklich zu dem pretium noch das impensum und das interesse hinzugefügt, woraus erhellt, daß die Haftung der Stellen eine weitergehende ist. Es bleibt also nur das Interesse an der Erfüllung oder das negative Interesse übrig. Zweifelhaft könnte sein, ob den Römern dieser Unterschied überhaupt schon bekannt gewesen ist. Doch bestätigen dies verschiedene Beispiele; wir brauchen nur an die ädilicische Klage zu erinnern. Die a° quanti minoris geht auf das positive, die a° redhibitoria auf das negative Interesse: l. 23 § 1 D. de aed. ed. 21,1: „ut nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset"[2]). Wir erkennen aus dieser Analogie, daß der Anspruch auf das negative Interesse nur bei Ungültigkeit des Vertrages gewährt werden kann. Damit scheidet denn auch die oben zitierte Institutionenstelle aus. Können wir nun aus den übrigen Stellen aber den Schluß ziehen, daß sie unter dem „interesse" den Begriff des negativen Interesses verstehen? Daß dies Zweifel hervorrufen kann, geht daraus hervor, daß etliche Schriftsteller aus ihnen das Erfüllungsinteresse

[1]) Desgl. Ihering, culpa, S. 15.

[2]) Diese Stelle stimmt fast wörtlich mit der Definition überein, die Dernburg (Schuldv., S. 64) für das negative Interesse gibt: „Negatives Geschäftsinteresse ist, was man gehabt hätte, wenn das Geschäft nicht vollzogen wäre."

herauslesen wollen. Sie müssen, um zu diesem Ziele gelangen zu können, die Gültigkeit des Vertrages annehmen. Daß dies nicht richtig ist, haben wir oben dargetan. Das bestimmende Moment ist eben die Voraussetzung der Ungültigkeit. Liegt diese vor, so haben wir es mit dem negativen Interesse zu tun. Demgemäß bedeutet in den ll. 8,9 das „si quid in eam rem impensum est" und „si quid emptoris interest" das negative Interesse; und zwar ersteres das damnum emergens und letzteres das lucrum cessans. Man könnte freilich versucht sein, das letztere für das Erfüllungsinteresse und das ipsa aestimetur für den Sachwert der Leistung zu halten. Doch ist dies nicht angängig, aus dem einfachen Grunde, weil dann bei der natürlichen Unmöglichkeit der Leistung die Haftung größer sein würde als bei bloßer juristischer Unmöglichkeit[1]).

Wie bereits oben gesagt, spricht der § 307 nicht ausdrücklich vom „negativen Vertragsinteresse", sondern gibt dafür eine umschreibende Wendung (cf. S. 31). Er fügt aber sogleich eine Höchstbegrenzung des Schadens hinzu: „jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat". Das negative Interesse wird also nach oben durch das positive begrenzt[2]). Ob die Quellen diese Begrenzung bereits gekannt haben, das kann mangels bestimmter Belege nicht sicher ausgesprochen werden. Es entspricht aber der Billigkeit; denn der Kläger ist vollkommen befriedigt, wenn er soviel bekommt, wie er bei Gültigkeit des Vertrags erhalten würde[3]),

b) Die Person des Ersatzpflichtigen.

§ 9.

Wir wissen, daß eine Partei zum Ersatze des negativen Interesses verpflichtet ist. Es entsteht nun die Frage, kann

[1]) cf. Drechsler, Verjährung, S. 22, 23.
[2]) Vgl. Dernburg, § 61. Matthias, S. 302.
[3]) Ebenso Halben, Schad., S. 56, 57.

dies jeder Kontrahent sein oder ist nur immer ein bestimmter gemeint?

Was zunächst die römischen Quellenbelege anlangt, so können wir konstatieren, daß hier nur der Käufer den Ersatzanspruch hat; z. B. sagt die l. 62: „ex empto tamen adversus venditorem experietur", und ferner die l. 8D. 18,4: „emptor a venditore consequatur". Dem Verkäufer steht also dieser Anspruch nicht zu, auch wenn alle entsprechenden Voraussetzungen bei ihm vorliegen würden.

Das spätere gemeine Recht hat hier nur insoweit eine Änderung zugelassen, als es die Verpflichtung nicht allein dem Schuldner im Kaufvertrage auferlegte, sondern jedwedem Schuldner in obligatorischen Verhältnissen — eine Folge, welche aus dem bereits oben angeführten Prinzip des gemeinen Rechts, die Verpflichtung auf alle obligatorischen Verträge auszudehnen, erhellen muß.

Hier blieb es dem B. G. B. vorbehalten, einen notwendigen Schritt vorwärts zu tun. Es gewährt nämlich den Anspruch auch dem anderen Kontrahenten. Der § 307 sagt: „Wer" . . . kennt, ist ersatzpflichtig. Daraus geht hervor, daß nicht allein der Promittent, an den man zuerst denken wird, sondern auch der Promissar prinzipiell haftbar werden kann. Freilich ist dies bestritten worden [1]). Es ist behauptet worden, man könne von dem Promissar nicht dieselbe Sorgfalt verlangen, wie von dem Promittenten, und müsse deshalb den Promissar von der Haftpflicht befreien. Doch ist diese Begründung nicht durchschlagend. Denn auch bei grundsätzlicher Haftungsmöglichkeit des Versprechensempfängers kann eine verschiedene Behandlung hinsichtlich der Sorgfaltspflicht wohl eintreten [2]). So hat denn auch die herrschende Meinung [3]) die Haftungsmöglichkeit auch des Promissars anerkannt. Im übrigen sprechen für unsere Ansicht expressis verbis die Motive

[1]) z. B. von Bähr, Krit. Viertelj.-Schr., Bd. 30, S. 374.

[2]) Übereinstimmend Brock, S. 132.

[3]) z. B. Dernburg, § 61. Matthias, S. 302. Oertmann, S. 58. Schollmeyer, S. 153. Titze, S. 225.

(S. 178): „Dieser Anspruch muß beiden Kontrahenten gleichmäßig gewährt werden“. Ebenso die Protokolle (S. 452): „Es verstößt gegen die Treue, welche den Verkehr beherrschen soll, wenn sich jemand eine Leistung, deren Unmöglichkeit er kennt oder kennen muß, versprechen läßt und dadurch den Versprechenden, der ohne Schuld keine Kenntnis von der Lage der Sache hat, zu Aufwendungen verleitet“.

4. Art der Verpflichtung.

§ 10.

Welches ist die Art unserer Verpflichtung? Ist sie eine Haftung aus Delikt oder beruht sie auf Verletzung rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen?

In den Quellen finden wir eine verschiedene Behandlung unseres Anspruches. Teils wird derselbe geltend gemacht mit der a^0 ex empto — so in der l. 62 —, teils mit einer a^0 in factum, quae quasi ex empto actionem continet — so in der l. 8 D. 11,7. (In den ll. 8, 9 wird endlich eine bestimmte Klage nicht angegeben.) Welch' eigenartiges Resultat! Trotz Nichtigkeit des Vertrages nehmen die römischen Juristen keinen Anstand, die Vertragsklage zu verstatten. Woran liegt das? Der Grund ist wohl in dem streng formalen Prozeßwesen der damaligen Zeit zu suchen. Das zivile Recht stand noch auf den alt-römischen, konservativen Standpunkt; das Bestreben der römischen Juristen ging dahin, möglichst mit den zu Gebote stehenden Mitteln hauszuhalten. Mit Recht nennt deshalb Ihering dieses Bestreben die „juristische Ökonomie“ der Römer[1]). So ist es denn auch den Grundsätzen des römischen Rechts ganz angemessen, in unserm Falle die a^0 ex empto zu gestatten. War diese ja auch sonst am Platze, wenn der Vertrag ungültig war (vgl. oben S. 18)! Die römischen Juristen sahen eben, wenn sie eine Klage konstruierten, nicht so sehr auf die Gültigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts

[1]) Vgl. dazu Brock, S. 19.

als auf den äußeren Abschluß desselben [1]). Im späteren prätorischen Recht erkannte man bereits, daß die Inkonsequenz nicht wegzuleugnen war, und gewährte deshalb eine neue Klage, die a⁰ in factum; indessen auch sie war der a⁰ ex empto eng angegliedert.

Im späteren gemeinen Rechte war die Frage nach der Art der Haftpflicht Gegenstand eingehender Erörterungen. Ihering begann den Streit, indem er den Schadensersatzanspruch mit Hülfe seiner culpa in contrahendo als einen kontraktlichen konstruierte. Einer seiner Anhänger war Vangerow [2]). Auch er faßt den Anspruch als einen kontraktlichen auf: „Wenn jemand einen Kontrakt abschließt, dieser Kontrakt aber aus einem in seiner Person oder seinen Rechtsverhältnissen liegenden Grunde ungültig ist, so muß er auch schon im Falle bloßer culpa dem anderen Kontrahenten allen Schaden ersetzen, welchen dieser durch den Vertragsschluß erlitten hat.“ Desgleichen erklären Windscheid [3]) und Regelsberger [4]) den Anspruch als einen kontraktlichen, und zwar mit Hülfe des Garantievertrags. Andere wieder wollen unsern Anspruch als einen deliktischen darstellen, so z. B. Dernburg [5]). Er läßt nur dann eine Verpflichtung entstehen, wenn den Ersatzpflichtigen eine culpa trifft.

Die Frage nach der Art der Verpflichtung hat sich auch in unser heutiges Recht herübergezogen. Die Beantwortung derselben ist um so wichtiger, als das B. G. B. selbst sich hierüber nicht ausläßt und die Motive (S. 179) sie ausdrücklich „der Wissenschaft zur Lösung überlassen zu müssen“ glaubten. Die Schadensersatzpflicht aus Delikten nun ist in dem Titel „unerlaubte Handlungen“ geregelt, während der § 307 im Titel „Schuldverhältnisse aus Verträgen“ behandelt wird. Hinzu

[1]) Beispiel: 1, 6 § 1 D. 18, 1.
[2]) Pandekten, § 109.
[3]) Pand., § 307 Anm. 5, 10—12, § 308, Anm. 5—8, § 315, Anm. 7.
[4]) Civilr. Erört., S. 33.
[5]) Pand., S. 27, No. 10.

tritt noch ein anderer Grund. Das Gesetz gibt in Ansehung der unerlaubten Handlungen allgemeine Vorschriften, die aber auch nur für diese unerlaubten Handlungen Anwendung finden sollen [1]). Will es ausnahmsweise diese Vorschriften auf andere Gebiete übertragen wissen, so enthält es eine entsprechende Verweisung [2]). Da dies im § 307 nicht geschehen ist, glauben wir annehmen zu dürfen, daß unsere Haftpflicht sich als keine deliktische darstellen kann. Daraus ergibt sich die praktisch-wichtige Folgerung, daß die Ersatzpflicht nicht der im § 852 statuierten kürzeren, dreijährigen Verjährungsfrist unterliegt [3]).

Ist die Haftung dann aber eine kontraktliche? Man könnte diese Annahme vielleicht aus der alternativen Fassung der Motive (S. 179) — deliktisch oder rechtsgeschäftlich — rechtfertigen [4]). Doch darf u. E. der Wortlaut der Motive einen derartigen gesetzesgleichen Wert nicht haben, daß er, allein genommen, unsere Ansicht bestimmt. Kein klareres Beispiel dafür als diese Stelle! Wiewohl der Vertrag gemäß den §§ 306, 307 nichtig ist, ist immerhin der Abschluß desselben formell gültig erfolgt, und das Verschulden ist beim Vertragsschluß eingetreten. Trotzdem dürfen wir aber nicht sagen, daß der Anspruch ein kontraktlicher ist. Vielmehr sehen wir uns genötigt, den unbefriedigenden Mittelweg einzuschlagen, indem wir sagen, der Anspruch ist weder ein kontraktlicher noch ein deliktischer, sondern er steht zwischen beiden. So argumentiert die herrschende Meinung [5]). Weil das Verschulden aber wenigstens bei formell-gültigem Abschluß des (nichtigen) Vertrages ein-

---

[1]) Ebenso Brock, S. 196 fg., Planck, S. 603.

[2]) So z. B. im § 276.

[3]) Übereinstimmend Rehbein, B. G. B., S. 152 a. E., abweichend Melliger, S. 170.

[4]) Vgl. Brock, S. 197.

[5]) Brock, S. 197. Oertmann, S. 58. Planck, S. 81. Schollmeyer, S. 155.

getreten ist, deshalb neigt sich u. E. der Anspruch mehr nach der Seite des kontraktlichen Verschuldens hin. Daraus resultiert, daß die Klage auf Ersatz des negativen Interesses in derselben Frist verjährt, wie die aus dem, wenn auch nichtigen Vertrage. Anderenfalls könnte es ja vorkommen, daß unser Anspruch später verjähren würde als die Ansprüche, die der Gläubiger bei Gültigkeit des Vertrags hat [1]).

Zweifelhaft könnte noch sein, ob die Ersatzpflicht zessiert, wenn der Verpflichtete im Zustande der Bewußtlosigkeit, Geistesstörung oder im jugendlichen Alter gehandelt hat. M. a. W., es ist zu untersuchen, ob die §§ 827, 828 auch auf § 307 Anwendung finden. Cosack [2]) z. B. leugnet dies mit der Begründung, daß die betreffenden §§ „auf Verschuldungen anderer Art nicht übertragen werden dürfen." Dagegen ist aber wohl zu erwidern, daß der Begriff der Verschuldung stets ein einheitlicher ist. Der Schuldbegriff kann nicht durch Gesetz „für einzelne Normen verschieden bestimmt werden" [3]). Freilich stehen diese §§ im Titel „unerlaubte Handlungen"; während sie im § 276 ausdrücklich auf die kontraktliche Haftung ausgedehnt werden, fehlt für die Haftpflicht des § 307 eine derartige Bestimmung. Trotzdem erachten wir dafür, daß die §§ 827, 828 auch im § 307 entsprechende Anwendung finden müssen [4]).

Was die Beweislast für die Unmöglichkeit und die Kenntnis oder das Kennenmüssen betrifft, ist, was nirgends unseres Wissens bestritten wird, anzunehmen, daß derjenige, der Ersatz des Interesses beanspruchen will, zwar den Schaden beweisen muß, aber nicht darzutun hat, daß er schuldlos die Unmöglichkeit nicht gekannt hat, auch

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle, § 307 No. 2. Oertmann, S. 59, Planck, S. 81. Schollmeyer, S. 155. A. M. Brock, S. 198 Kleineidam, S. 39, Schmidt, S. 37.

[2]) S. 239.

[3]) In Übereinstimmung mit Brock, S. 200.

[4]) Ebenso Neumann, Festgabe, S. 221.

wenn dies der Gläubiger ist. Er hat nur den Nachweis zu führen, daß den anderen ein diesbezügliches Verschulden trifft. Ist dies erwiesen, so kann der Beklagte sich von der Ersatzpflicht befreien, indem er den Beweis erbringt, daß auch der Kläger die Unmöglichkeit gekannt oder aus Fahrlässigkeit nicht gekannt habe (§ 307 Abs. Satz 2). „Der Beweis, daß das negative Vertragsinteresse niedriger ist als das Erfüllungsinteresse, hat in allen Fällen der Ersatzpflichtige zu führen [1]).

Dritter Abschnitt.

Die Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit teilweise unmöglicher Leistung nach gemeinem Recht und B. G. B. (§ 307 Abs. 2 Teil 1).

1. Vorhandensein der Verpflichtung.

§ 11.

Nachdem wir bisher die Haftpflicht auf das negative Interesse bei Verträgen mit total unmöglicher Leistung zur Darstellung gebracht haben, kommen wir nunmehr dazu, zu untersuchen, wie sich das gemeine Recht und das B. G. B. zu der Frage der Haftung bei teilweise unmöglicher Leistung stellt [2]).

Im gemeinen Recht war bereits der Fall bekannt, daß man auf Schadensersatz haftete, wenn man einen Vertrag schloß in dem Bewußtsein, daß dessen Leistung nur zu einem Teile möglich ist. Als Belegstellen dafür nennen wir die l. 57 D. de contr. empt. 18, 1 (Paulus). Sie trifft im pr. zunächst für den Fall Anordnung, daß keine der Parteien von der teilweisen Unmöglichkeit gewußt hat. Der § 1 behandelt den Fall, daß nur der Verkäufer von der (teilweisen) Unmöglichkeit wußte. Er lautet: „Sin

---

[1]) Vgl. Brock, S. 209, Melliger, S. 168 fg. Planck, S. 80 fg. Schollmeyer, S. 157. Titze, S. 227.

[2]) Vgl. besonders Kaplan, teilweise Unmöglichkeit.

autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit; si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere". Da die erste Hälfte des § 1 sich auf die totale Unmöglichkeit der Leistung bezieht, scheidet sie hier aus. Uns interessiert nur der Fall der teilweisen Unmöglichkeit im zweiten Satze. Es handelt sich um den Verkauf eines Hauses. Obwohl zur Zeit des Vertragsschlusses das Haus zu einem Teile abgebrannt, also die Leistung hinsichtlich dieses Teiles unmöglich ist, so bleibt dennoch der Vertrag in Gültigkeit, obschon der Verkäufer von der teilweisen Unmöglichkeit Kenntnis hatte; er hat hinsichtlich des unmöglichen Teiles das volle Interesse zu ersetzen. Verallgemeinert lautet also der Satz im gemeinen Recht: Wer bei Abschluß eines Vertrages, der auf eine teilweise unmögliche Leistung gerichtet ist, die teilweise Unmöglichkeit kennt, ist hinsichtlich des unmöglichen Teiles zum vollen Schadensersatze verpflichtet.

Das B. G. B. gibt die entsprechenden Bestimmungen im § 307 Abs. 2 Teil 1. Der Rechtssatz würde unter Zugrundelegung der Vorschriften des § 1 folgendermaßen lauten:

> Wer bei der Schließung eines Vertrages, der auf eine nur teilweise unmögliche Leistung gerichtet und in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist, die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des ganzen Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß [1]).

[1]) Vgl. Cosack, S. 343 fg. Dernburg, § 61. Endemann, S. 694 fg. Matthiass, S. 302. Planck, S. 81. Schollmeyer, S. 155 fg.

Wir sehen bereits, daß zwischen gemeinem Recht und B. G. B. hier ein Unterschied zu konstatieren ist: Bei Verträgen mit teilweise unmöglicher Leistung gewährt das gemeine Recht das positive Interesse, während das B. G. B. das negative gibt.

2. Voraussetzungen der Verpflichtung.

§ 12.

Was die Voraussetzungen dieser Schadenersatz-Verpflichtung anlangt, so wollen wir uns hier nur darauf beschränken, darzutun, in welcher Weise bei diesem Spezialfall eine Abweichung von der allgemeinen Regel der totalen Unmöglichkeit vorhanden ist.

Im gemeinen Recht muß man zunächst wieder die beiden Fälle unterscheiden, einmal, wo keine der Parteien von der Unmöglichkeit weiß, und dann den Fall, wo eine der Parteien, nämlich den Verkäufer, dieser Vorwurf trifft.

Im ersten Fall kommt es auf die Größe des unmöglichen Teiles an[1]). Ist der größere Teil des Vertragsgegenstandes von vornherein zerstört, also die Leistung hinsichtlich dieses Teiles unmöglich, so bleibt der Vertrag zwar gültig; jedoch kann dem geschädigten Käufer nicht zugemutet werden, sich mit dem geringeren Teile der versprochenen Leistung zu begnügen: Er braucht deshalb den Kaufpreis nicht zu bezahlen und kann ihn sogar, wenn er bereits gezahlt sein sollte, zurückfordern. Ist indessen nur die Hälfte oder noch weniger zerstört und mithin leistungsunfähig, so bleibt zwar der Vertrag ebenfalls gültig; der Käufer aber braucht nur einen verhältnismäßig geminderten Kaufpreis zu zahlen. Ohne Frage bildet diese Vorschrift nur eine Vermutung für den zu Grunde liegenden Parteiwillen, die Paulus hier aufstellt. Im konkreten Falle kann das Verhältnis ein anderes sein.

Im zweiten Falle liegt die Sache anders: Wenn nämlich der Verkäufer weiß, daß die Leistung zum Teil nicht

---

[1]) Vgl. Melliger, S. 50. Mommsen, Beitr., S. 164 fg.

mehr möglich ist, dann ist es gleichgültig, ein wie großer Teil der Leistung unmöglich ist: „quantacumque pars aedificii remaneat." In jedem Falle ist der ganze Vertrag gültig: „et stare venditionem." Dann hat der Verkäufer den möglichen Teil der Leistung zu prästieren, außerdem muß er in Ansehung des unmöglichen Teiles dem Käufer das volle Erfüllungsinteresse gewährleisten.

Das B. G. B. regelt die Voraussetzungen anders als im gemeinen Recht. Einmal muß die Leistung teilweise möglich und teilweise unmöglich sein (auf das Größe-Verhältnis der einzelnen Teile kommt es nicht an). Die Voraussetzungen sind hier dieselben wie bei der totalen Unmöglichkeit des Abs. 1; daher ist der Vertrag in Ansehung des unmöglichen Teiles der Leistung nichtig. Ferner muß der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig sein. Dieses richtet sich nach § 139[1]). Ist nämlich anzunehmen, daß das Rechtsgeschäft nicht ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig; in diesem Falle würde § 307 Abs. 1 Platz greifen. Anders, wenn der nichtige Teil des Rechtsgeschäfts auf das ganze Rechtsgeschäft keinen Einfluß hat und die Parteien trotzdem den Vertrag geschlossen hätten. Dann ist der Tatbestand des § 307 Abs. 2 Teil 1 gegeben. Hat jemand z. B.[2]) Bauland gekauft zwecks Erbauung einer Villa und stellt sich heraus, daß mitten durch die eine Hälfte des Grundstücks ein öffentlicher Weg führt, so wird im gegebenen Falle wohl anzunehmen sein — das ist quaestio facti! —, daß er das Grundstück, so wie es jetzt ist, nicht gebrauchen kann; denn die Hälfte, die nicht geleistet werden kann, ist für seine Zwecke zu wertvoll, als daß er auf sie verzichten kann. Demnach ist der ganze Vertrag nichtig — Fall des § 307 Abs. 1. Würde der Weg aber nur die äußerste Grenze der Rückseite des Grundstücks berühren, so würde der Vertrag nur hinsichtlich dieses

[1]) Vgl. Dernburg, § 61. Matthiass, S. 302.
[2]) Vgl. Dernburg, § 61.

kleinen Teiles nichtig, im übrigen aber gültig sein. Wenn hier der Verkäufer die (in unserem Beispiele juristische) Unmöglichkeit des einen Teils kennt oder aus Fahrlässigkeit nicht kennt, so ist § 307 Abs. 2 anwendbar. Hier kann den Käufer bzgl. des gültigen Teiles Erfüllung[1]) oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, in Ansehung des nichtigen Teiles Ersatz des negativen Interesses, d. h. des Schadens, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit auch des nichtigen Teiles vertraut hat.

3. Inhalt der Verpflichtung.

§ 13.

Über den Inhalt dieser Schadensersatzverpflichtung sind nur noch wenige Worte zu sagen.

Für das gemeine Recht ist die Frage zu beantworten: Ist mit dem in den Quellen so genannten „interesse" das positive oder negative Interesse gemeint?

Wie wir im § 12 gehört haben, ist im Falle teilweiser Unmöglichkeit der Leistung der ganze Vertrag gültig. Infolgedessen hat der Verkäufer den möglichen Teil der Leistung auszuführen; hinsichtlich des unmöglichen Teiles muß er den Käufer entschädigen: „et venditorem emptori quod interest restituere." Es wird in den Quellen das „quod interest" nicht weiter erklärt; es erscheint uns dies auch nicht nötig. Denn die Erklärung folgt aus dem früher von uns Gesagten: Das Kriterium liegt in der Gültigkeit des zugrunde liegenden Vertrages. Da dies hier der Fall ist, so ist das positive Interesse gemeint.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht das B. G. B.: Es gewährt in dem in Frage stehenden Falle das negative Interesse, genau so, wie bei dem Hauptfalle der totalen Unmöglichkeit.

Wie bereits erwähnt, kann sich der § 307 sowohl auf ein-, als auch zweiseitige Verträge beziehen. Bei ersteren wird die Berechnung des negativen Interesses in Ansehung

---

[1]) Vgl. Dernburg, § 61. Planck, S. 81. Schollmeyer, S. 155, 156.

der teilweisen Unmöglichkeit keine größeren Schwierigkeiten bereiten, als bei total nichtigen Verträgen. Wie ist es aber bei zweiseitigen Verträgen? Hier muß zunächst die Gegenleistung auf den gültigen Teil beschränkt [1]) und demnächst das negative Interesse betr. den nichtigen Teil berechnet werden.

Vierter Abschnitt.

Die Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit Unmöglichkeit einer von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen nach gemeinem Recht und B. G. B. (§ 307 Abs. 2 Teil 2) [2]).

1. Vorhandensein der Verpflichtung.

§ 14.

Die negative Interesse-Haftpflicht bei Alternativ-Obligationen ist eine Neuerung der Jetztzeit. Sie ist im römischen und gemeinen Recht nicht zu finden. Wohl war bereits der Rechtssatz bekannt, daß sich das Schuldverhältnis, ebenso wie nach heutigem Rechte, von Anfang an auf die noch mögliche Leistung beschränkt, wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen von Anfang an unmöglich ist [3]). Auch ist der Fall des nachträglichen Unmöglichwerdens einer Leistung im gemeinen Recht eingehend behandelt worden [4]). Aber daß das römische Recht hier den Fall einer negativen Interesse-Haftung kannte, haben wir nicht eruieren können.

Auch das gemeine Recht hat diesen Anspruch nicht gewährt. Es verstattet freilich ein Recht auf Interesse, wenn

---

[1]) Vgl. Schollmeyer, S. 156.

[2]) Vgl. besonders Dechamps, Wahlverhältnisse. Marcus, Wahlschuld. Müller, Wahlschuld. Schenke, Alternativobligation.

[3]) Vgl. Windscheid, § 255 Nr. 12: l. 128 D. de v. o. 45, 1, l. 72 § 4 D. de sol. 46, 3.

[4]) Vgl. besonders Pescatore, S. 133. Bernstein, S. 12. Litten, Wahlschuld. Offenberg, Unmöglichkeit.

die Unmöglichkeit durch Verschulden des nicht wahlberechtigten Teiles entstanden ist. Jedoch erstens handelt es sich hier nicht um anfängliche Unmöglichkeit; zum andern ist dieselbe durch Verschulden des Schuldners eingetreten. Schließlich ist hier das Interesse an der Leistung, also das Erfüllungsinteresse gemeint.

Im B. G. B. finden wir die entsprechende Bestimmung im § 307 Abs. 2 Teil 2 [1]). Wendet man den Abs. 1 auf den Fall der Alternativ-Obligation an, so würde der Rechtssatz lauten:

> Wer bei der Schließung eines Vertrages, der auf mehrere wahlweise versprochenen Leistungen gerichtet ist, von denen eine unmöglich ist, die Unmöglichkeit der einen Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß [2]).

Wir sehen also, daß auch hinsichtlich der Schadensersatzpflicht bei Alternativ-Obligationen ein wichtiger Unterschied zwischen gemeinem Recht und B. G. B. zu verzeichnen ist.

2. Voraussetzungen der Verpflichtung.

§ 15.

Die Voraussetzungen der Verpflichtung zum Ersatze des negativen Interesses bei Alternativ-Obligationen sind dieselben wie bei dem allgemeinen Hauptfall der totalen Unmöglichkeit und dem Spezialfall der teilweisen Unmöglichkeit. Nur eines möchten wir hier noch bemerken. Es

---

[1]) Vgl. Leonhard, Iher. Jahrb., Bd. 41, S. 1 fg. Hellwig, a. a. O., S. 101 fg.

[2]) cf. Cosack, S. 340. Oertmann, S. 58. Planck, S. 81. Schollmeyer, S. 156.

muß wundernehmen, daß die beiden Spezialfälle des § 307 Abs. 2 nicht gleichmäßige Behandlung erfahren [1]). Bei dem Fall der teilweisen Unmöglichkeit nämlich kommt es auf den Parteiwillen an; es muß der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig sein. Diese Bestimmung fehlt nun bei dem Falle der Alternativ-Obligation. Weshalb? Man glaubt, daß es in der Regel Wille der Parteien sei, daß der Vertrag gültig ist. Würde sich aber ausnahmsweise herausstellen, daß die Parteien den ganzen Vertrag nicht gewollt haben, wenn eine der Leistungen unmöglich ist, so muß man dann den ganzen Vertrag für nichtig erachten und demgemäß § 307 Abs. 1 in Anwendung bringen.

3. Inhalt der Verpflichtung.

§ 16.

Wie soll man sich bei Alternativ-Obligationen die Haftung auf das negative Interesse vorstellen? Bei jeder Alternativ-Obligation kann es sich um verschieden viele Leistungen handeln; wir wollen im folgenden nur zwei als vorliegend erachten.

Der § 307 schließt sich mit der Bestimmung über die Alternativ-Obligation an den § 265 an. Dieser regelt die vertraglichen Pflichten der Parteien. Wenn die Vorschriften des Abs. 1 auf Alternativ-Obligationen entsprechende Anwendung finden, so muß es sich auch im Abs. 2 des § 307 um anfängliche objektive Unmöglichkeit handeln. Nach § 265 tritt in solchem Falle „Konzentrierung“ auf die andere noch mögliche Leistung ein [2]). Die Ausnahme des Satz 2 des § 265 ist ausdrücklich nur für den Fall des späteren Unmöglichwerdens der Leistung statuiert. Wie liegt die Sache aber, wenn inbetreff der anfänglichen Unmöglichkeit ein Verschulden vorhanden ist? Für die kontraktlichen Beziehungen versagt in diesem

---

[1]) Vgl. Windscheid (Kipp), S. 271.

[2]) Vgl. Kisch, Unmöglichkeit, S. 228 fg. Kleineidam, Unmöglichkeit, S. 28, 101 fg. Chamizer, Wahlschuld, S. 1 fg. Rehbein, B. G. B., Bd. 2, S. 76 fg.

Falle der § 265; wir dürfen deshalb wohl annehmen, daß bei anfänglicher Unmöglichkeit die Beschränkung auf die noch mögliche Leistung auf jeden Fall eintritt, mag ein Verschulden des nicht wahlberechtigten Teiles vorliegen oder nicht[1]). Wäre dies nicht der Fall, so könnte man nicht einsehen, weshalb der Gesetzgeber im Abs. 2 nicht auch den Fall der verschuldeten anfänglichen Unmöglichkeit berücksichtigt hätte. Hier greift eben § 307 Abs. 2 ein.[2]) Dieser regelt die außerkontraktlichen Verpflichtungen. Die Frage ist nun, wer ist zum Ersatze des negativen Interesses verpflichtet und wie gestaltet sich das Verhältnis der beiden Kontrahenten zu einander? Soviel geht bereits aus dem Wörtchen „wer" hervor, daß beide Teile sich ersatzpflichtig machen können. Doch wird es darauf ankommen, ob dem Gläubiger oder Schuldner das Wahlrecht zusteht[3]). Nach § 262 hat im Zweifel der Schuldner das Wahlrecht. Daraus erhellt, daß auch der Gläubiger wahlberechtigter Teil sein kann. Hat nun der Schuldner die Wahl und trifft ihn ein Verschulden[4]), weiß er also oder weiß er fahrlässigerweise nicht, daß die eine Leistung von Anfang an unmöglich ist, so wird er selbstverständlich die noch mögliche Leistung wählen. Der Gläubiger ist hierdurch nicht geschädigt, da er sich die freie Wahl des Schuldners gefallen lassen muß. Nur dann fühlt sich der Gläubiger benachteiligt, wenn er selbst durch ein Verschulden des Schuldners gehindert worden ist, sein Wahlrecht auszuüben. Denn die unmögliche Leistung kann er nun nicht mehr bekommen. Er hat also einen Schaden dadurch erlitten, daß er auf die Wirksamkeit der beiden Leistungen vertraut hat. Daraus folgt, daß § 307 Abs. 2 Teil 2 nur dann Anwendung finden kann, wenn der schuldlose wahlberechtigte Teil durch ein Verschulden des nicht wahlberechtigten Teiles einen Schaden erlitten hat, eine

---

[1]) Brock, S. 133.
[2]) Vgl. Litten, S. 216—220.
[3]) cf. Leonhard in Iher. Jahrb., Bd. 41, S. 1 fg.
[4]) Vgl. Brock, S. 134.

Folge, die auch wohl schon aus der analogen Anwendung des § 265 Satz 2 hervorgeht. Demnach hat der nicht wahlberechtigte Teil dem andern den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Wirksamkeit seiner Wahlmöglichkeit, d. h. auf die Gültigkeit der beiden Leistungen vertraut.

Es sind die verschiedensten Fälle denkbar. Von vornherein scheiden für unsere Betrachtung diejenigen Fälle aus, in denen keinen der beiden Teile (§ 307 Abs. 1 Satz 1) und beide Kontrahenten (§ 307 Abs. 1, Satz 2) ein Verschulden trifft[1]). Nur dann kann § 307 Abs. 2 Teil 2 Anwendung finden, wenn einem der beiden Teile ein Verschulden vorgeworfen werden kann. Hat der Gläubiger das Wahlrecht und weiß der Schuldner (oder muß er es wissen), daß die eine Leistung unmöglich ist, so hat der Schuldner dem Gläubiger das negative Interesse zu ersetzen, vorausgesetzt natürlich, daß ein Schaden wirklich vorhanden ist; ebenso vice versa. Das ist die Regel. Bis jetzt haben wir stets angenommen, daß die zweite Leistung möglich ist. Wie aber, wenn sie später unmöglich wird[2])? Der Fall ist so zu denken. Der Schuldner hat das Wahlrecht[3]); bzgl. der anfänglich unmöglichen Leistung trifft ihn ein Verschulden, dagegen ist er an dem nachträglichen Unmöglichwerden der zweiten Leistung schuldlos. Dann wird er gemäß § 275 Abs. 1 von dieser Leistung frei. In Ansehung der anfänglich unmöglichen Leistung hat er die Möglichkeit, die andere (nachträglich unmöglich gewordene) Leistung zu wählen.[4]) So würde also der Gläubiger völlig leer ausgehen. Denn er kann schließlich einen Anspruch auf die anfänglich unmögliche Leistung auch nicht erheben, da sich das Schuldverhältnis laut § 265 auf die anfänglich mögliche Leistung beschränkt hat und die Ausnahme des zweiten

---

[1]) cf. Brock, S. 133.
[2]) Vgl. Langheineken, S. 210.
[3]) Vgl. auch Wagner, Alternativobligationen.
[4]) Brock, S. 137.

Satzes nicht zutrifft. Man erkennt, daß dieses Resultat offenbar unbillig ist, und wird deshalb dem Gläubiger das Recht auf Ersatz des negativen Interesses hinsichtlich der anfänglich unmöglichen Leistung zubilligen müssen. Da die Höchstbegrenzung des Schadens durch das positive Interesse nach § 307 Abs. 1 Satz 1 auch hier gilt, so kann der Gläubiger, da ihm nur daran gelegen war, eine der beiden Leistungen zu erlangen, die Wahl treffen, welche Leistung er als Grundlage für die Höchstbegrenzung ansehen soll. Hiermit stimmt die herrschende Meinung überein [1]). Ebenso ist es dann umgekehrt der Fall.

Sind beide Leistungen von Anfang an unmöglich und trifft den wahlberechtigten Schuldner bzgl. einer der Leistungen ein Verschulden, so wird man ihm bzgl. dieser Leistung die Ersatzpflicht auferlegen müssen, nämlich des Schadens, den der Gläubiger durch das Vertrauen auf die Möglichkeit wenigstens dieser Leistung erleidet. Dasselbe gilt vice versa [2]).

Dem Abs. 2 des § 307 ist der Vorwurf gemacht worden, er sei überflüssig. „Wissenschaft und Praxis könnten vielleicht auch ohne ausdrückliche Bestimmung an der Hand der Vorschriften der §§ 114, 345 Abs. 1 (gleich den §§ 139, 307 Abs. 1 B. G. B.) zu demselben Resultat gelangen“ [3]) (Motive, S. 179). Daß man dessen aber durchaus nicht sicher war, beweisen die Schlußworte des § 345 (ebenda): „Zweifelhaft ist dies immerhin, weil der Entwurf keine prinzipielle Bestimmung über die culpa in contrahendo enthält.“ Unsere Ansicht geht dahin, daß diese Erwägung doch wohl nicht der Grund für die ausdrückliche Vorschrift gewesen ist. Es müßte denn sein, daß mit dem „entsprechend“ nicht nur das „mathematische, sondern vor allem das wirtschaftliche Verhältnis zwischen dem möglichen und dem unmöglichen Teil“ angedeutet

---

[1]) Brock, S. 138 Melliger, S. 84. Titze, S. 232.
[2]) Brock, S. 144. Titze, S. 232.
[3]) Vgl. Schollmeyer, S. 156.

werden sollte[1]). Dies hätte allerdings die Wissenschaft und Praxis herausgefühlt. Daß man aber allgemein den Hauptfall der negativen Interesse-Haftung auf die beiden Spezialfälle so ohne weitere Vorschrift ausgedehnt hätte, möchten wir nicht glauben, da weder Wissenschaft noch Praxis vorher diese Ausdehnung für nötig erachtet haben.

Fünfter Abschnitt.

Schluß.

Die Unterschiede zwischen gemeinem Recht und B. G. B. in Ansehung der Schadensersatzverpflichtung bei Verträgen mit Unmöglichkeit der Leistung.

§ 17.

Wir haben gesehen, daß das B. G. B. in Ansehung des § 307 im großen Ganzen auf dem Boden des römisch-gemeinen Rechts steht. Jedoch ist es in einigen Punkten weitergegangen, indem es den umfangreicheren Verkehrsbedürfnissen der Neuzeit Rechnung getragen hat.

Die Punkte, in denen die Rechtssätze des § 307 über die negative Interesse-Haftpflicht sich demnach von den entsprechenden Vorschriften des gemeinen Rechts unterscheiden, sind die folgenden:

1) Nach § 307 B. G. B. können beide Kontrahenten zur negativen Interesse-Haftung verbunden werden, während nach gemeinem Rechte nur der Schuldner verpflichtet werden kann;

2) der § 307 dehnt ferner diese Haftpflicht auf den Fall der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung und

3) auf den Fall, wo eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist, aus, während dem gemeinen Rechte dies fremd ist.

[1]) cf. Melliger, S. 82.